



DIE LEHRE

VON DER

EMPTIO REI SPERATAE

UND

EMPTIO SPEI

UND DEREN BEDEUTUNG FÜR DAS HEUTIGE RECHT.

VON

DR. FRIEDRICH ENDEMANN.

(Separatabdruck aus der von Prof. Grünhut herausgegebenen Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. XII. Band.)

WIEN, 1885.
ALFRED HÖLDER,
K. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,
ROTHENTHURMSTRASSE 15.






DIE LEHRE

VON DER

EMPTIO REI SPERATAE

UND

EMPTIO SPEI

UND DEREN BEDEUTUNG FÜR DAS HEUTIGE RECHT.

VON

DR. FRIEDRICH ENDEMANN.

(Separatabdruck aus der von Prof. Grünhut herausgegebenen Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. XII. Band.)

WIEN, 1885.
ALFRED HÖLDER,
K. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,
ROTHENTHURMSTRASSE 15.

Die vorliegende Untersuchung ist zunächst veranlasst worden durch das Bedürfniss, den rechtlichen Charakter des Lotteriegeschäftes zu begründen. In einer Darstellung des letzteren habe ich mich gegen die Anwendung des Gesichtspunktes der *emptio spei* erklären zu müssen geglaubt. Dieser Ansicht wurde Widerspruch entgegengesetzt, und neuestens ist namentlich von G. Cohn [1]) die *emptio spei* als die Grundlage jenes Rechtsgeschäftes festgehalten worden.

Es soll daher im Folgenden eingehender, als dies bei der Betrachtung der Entwicklung der Lehre der Lotterie geschehen konnte, eine kritische Beleuchtung des Begriffes „Hoffnungskauf" versucht werden. Eine hierauf gerichtete Untersuchung bietet nicht nur ein Interesse unmittelbar für die Auffassung des Lotteriegeschäftes, sondern liefert darüber hinaus ein werthvolles Beispiel dafür, in welch' unberechtigter Weise einzelne von einer schematistischen Doctrin aufgestellte Definitionen bis in die Gegenwart von Theorie und Praxis gepflegt worden sind, die bei unbefangener Prüfung der realen Verkehrs- und Rechtsverhältnisse fallen müssen.

Bei Eintritt in die Untersuchung des Wesens der *emptio spei* zeigte sich bald, dass eine ausreichende Erkenntniss der

---

[1]) G. Cohn in Endemann, Handbuch des H. R., Bd. III, §. 291.

Lehre über diesen Rechtsbegriff nur durch gleichzeitige Prüfung des Begriffes der *emptio rei speratae* zu erlangen ist. Beide Kaufverträge werden in den Quellen, aus denen sie hergeleitet werden, in engem Zusammenhange behandelt; sie ergänzen und vervollständigen einander.

Zur Bezeichnung der *emptio spei* wird, dem gemeinen Sprachgebrauche folgend, der Ausdruck „Hoffnungskauf", zur Bezeichnung der *emptio rei speratae* der Ausdruck „Kauf gehoffter Sachen" und als der beide Kaufarten umfassende Ausdruck „Kauf zukünftiger Dinge" gebraucht werden.

Die Untersuchung wird sich zunächst mit den Aussprüchen der römischen Juristen, soweit diese für unsere Lehre von Bedeutung sind, beschäftigen. Daran hat sich eine geschichtliche Uebersicht der Entwicklung und Ausbildung derselben in der Rechtstheorie anzuschliessen. Endlich wird die heutige Lehre besprochen und auf ihre doctrinelle Begründung wie praktische Verwendbarkeit geprüft werden müssen.

Ehe hierzu geschritten wird, möge eine allgemeine Bemerkung vorausgeschickt werden.

Die *emptio spei* und *emptio rei speratae* sind Verträge über zukünftige Dinge. Sie stehen als solche, da alles Zukünftige ungewiss erscheint, in enger Beziehung zu den Rechtsgeschäften, bei welchen der Begriff des Wagnisses zur Anwendung gelangt, sei es nun, dass das Wagniss den ganzen Inhalt des Vertrages ausmacht, sei es, dass dieses nur als ein die Vertragswirkungen beeinflussendes Moment hinzugefügt wird. Die Lehre von den gewagten Geschäften ist nun keineswegs als eine abgeschlossene zu betrachten. Es braucht hierfür nur an das Differenzgeschäft erinnert zu werden, dessen Natur und Klagbarkeit überaus bestritten ist, oder an die Dunkelheiten in dem Wesen des Versicherungsvertrages.

Die Ursache des unbefriedigenden Zustandes dieser Lehre ist in dem starren Festhalten zu suchen, welches die Rechtswissenschaft bezüglich der überkommenen Formeln, besonders des römischen Rechtes, von *ludus* und *alea* vielfach beobachtet. Nach jenen Formeln gilt es als ausgemachte Thatsache, dass jedes Rechtsgeschäft, welches dem Einflusse des Wagnisses untersteht, aus Spiel- und Wagelust und aus der Sucht nach ungerechtfertigtem Gewinne abgeschlossen wird. Indem man

nun alle derartigen Rechtsgeschäfte unter der Kategorie „gewagte Verträge“ zusammenfasst, werden sie gemäss jener Auffassung den Verboten des römischen Rechtes von *ludus* und *alea* unterworfen, ohne dass zumeist die heutige Giltigkeit und Anwendbarkeit jener verbietenden Gesetze weiter geprüft würde.

Durch nichts verkennt aber die Rechtswissenschaft ihre Aufgabe, im Anschlusse an die Rechtsanschauungen des gegenwärtigen Verkehres ein lebensfähiges und im Volke lebendes Rechtssystem auszubilden, mehr, als durch die Hereinziehung dieser veralteten Anschauungen in das moderne Rechtsleben. Schon der Begriff „gewagte Geschäfte“, in den man Spiel, Lebensversicherung, Lotterie, Seedarlehen etc. einpasst, ist ein so vager, unbestimmbarer, dass er jeder praktischen Verwendbarkeit ermangeln muss. Noch viel mehr aber heisst es die realen Verhältnisse missachten, wenn man Jedem, der ein gewagtes Geschäft abschliesst, Spiellust und Gewinnsucht substituirt. Als ob nicht die am häufigsten angewandten gewagten Verträge, wie besonders der Versicherungsvertrag, gerade den Zweck haben, durch gemeinsame Uebernahme geringen Verlustes das dem Einzelnen drohende Wagniss aufzuheben; während andere hierher gehörige Verträge gewerbliche Leistungen befördern sollen, noch andere, wie eventuell der Verkauf der nächstjährigen Ernte, aus Noth abgeschlossen sein können.[2])

Wenn somit bereits die Grundanschauung über das Wesen der gewagten Verträge den modernen Verkehrsbedürfnissen wenig entspricht, so hat andererseits jenes zähe Festhalten der römischen Rechtsbegriffe als der einzig zulässigen und verwerthbaren, die unbefangene Prüfung der Rechtsnatur auch der einzelnen modernen gewagten Verträge völlig verhindert. Statt diese Rechtsgeschäfte in ihrer eigenartigen Ausbildung zu prüfen und zu begreifen und sie durch Vervollkommnung ihrer eigenen Rechtsformen in das Rechtssystem einzufügen, suchte man um jeden Preis sie unter eine der gegebenen Kategorien des römischen Rechtes einzufügen und sie nach

---

[2]) Vgl. die treffende Ausführung von Wilda, Zeitschr. f. deutsches Recht, VIII, S. 206, A. 9.

deren Regeln zu bestimmen. Unter dem Einflusse dieser Rechtsanschauung ist denn der Begriff der *emptio spei* zur heutigen Ausbildung gelangt.

Man erkannte nämlich die Werthlosigkeit des Begriffes „gewagte Geschäfte" in der obigen Ausdehnung und schied demgemäss aus ihm diejenigen Verträge aus, welche principiell und allein des Wagnisses wegen abgeschlossen werden: das Spiel und die Wette. Diesen stellte man alle diejenigen Verträge gegenüber, bei welchen die Wagelust und Wageabsicht modificirend auf den Inhalt eines Rechtsgeschäftes einwirkt. Und da sich nun für diese im Einzelnen keine passende römische Formel fand, so erwarb man unter dem Begriffe der *emptio spei* eine gemeinsame Kategorie.

In dieser Ausdehnung auf die sogenannten gewagten Verträge des modernen Verkehres liegt die weitgehende Bedeutung des Begriffes der *emptio spei*. Für die rechtliche Auffassung und doctrinelle Behandlung der gewagten Rechtsgeschäfte ist es daher von entscheidender Wichtigkeit, ob jener Begriff als begründet erscheint oder ob er zu verwerfen ist.

§. 1. I. Die Lehre des römischen Rechtes vom Kaufe zukünftiger Dinge.

A. Der Kauf gehoffter Sachen (*emptio rei speratae*).

Die für die Begriffsbestimmung dieses Kaufes wichtigste Stelle ist die *l. 8 Dig. de contr. e. 18. 1.* Sie lautet: *nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi, et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.*

An der Spitze steht der Grundsatz: kein Kauf ohne existenten Kaufgegenstand. Dass dies der Sinn ist, erhellt sofort aus dem anschliessenden Satze, in dem gesagt wird, dass gleichwohl — *et tamen* — ein Kauf möglich sei an Früchten und Jungen von Thieren, die noch nicht vorhanden,

sondern erst zu erwarten sind. Das heisst: ein Kauf, bei dem diese Objecte nicht etwa blos als Zubehörungen in Betracht kommen, sondern den selbständigen Gegenstand des Geschäftes bilden. Dabei mag bemerkt werden, dass *fructus* als zukünftige Kaufobjecte gelten, gleichviel, ob sie noch gar nicht zu existiren begonnen haben oder bereits auf dem Halme stehen, und dass *partus* als zukünftige Kaufobjecte gelten, gleichviel ob sie noch gar nicht geboren, oder noch nicht in dem Zustande, in dem sie tradirt werden können, sind, z. B. in der Säugung noch nicht abgesetzt wurden.

Pomponius erklärt sie in der Weise für kauffähige Gegenstände, dass, wenn der Viehnachwuchs — und dasselbe muss natürlich von den Früchten gelten — zur selbständigen Existenz gelangt, der Kauf als perfect anzusehen ist: und zwar von dem Momente des Kaufabschlusses an, wie wenn schon bei diesem die Viehjungen und Früchte existente und selbständige Kaufobjecte gewesen wären.

Man hat hierin eine Rückziehung gefunden. Die Glosse bemerkt zu dem Worte *intellegatur: ut sic retrotrahatur,* unter gleichzeitigem Hinweis auf die Rückziehung der Rechtswirkung eines bedingt bestellten Pfandrechtes nach Erfüllung der Bedingung auf die Zeit des Vertragsabschlusses in *l. 11 §. 1 Dig. qui potiores. in pign. 20. 4.*

Indessen von einer Rückziehung im eigentlichen Sinne ist keine Rede; ebensowenig von einer Fiction. Vielmehr wird nur so argumentirt. Wenn der Kaufgegenstand erst nach dem Abschlusse des Kaufvertrages zur Existenz gelangt, so gilt der Kauf nicht als erst zu der Zeit des Existentwerdens geschlossen: er war schon perfect durch die Vertragsberedung, obwohl das Object erst später zur Existenz gelangt ist. Mit anderen Worten: es wird nur der Zweifel gelöst, von wann die Perfection des Kaufvertrages datirt.

Zugleich ergibt sich hieraus die bestimmte Bezugnahme auf das wirkliche Entstehen der zukünftigen Gegenstände. Erst dann und nur dann, wenn die Thierjungen geworfen, die Früchte gewachsen sind, ist es entschieden, dass der Kauf perfect geworden ist, und nur dann ist mit der Wirkung *ex tunc* die Voraussetzung des früher abgeschlossenen Vertrages erfüllt.

Die Consequenzen, welche sich aus der gegebenen Begriffsbestimmung für den vorliegenden Kauf ableiten lassen, sind folgende.

1. Die besprochene Art des Frucht- und Viehkaufes stellt sich in keinerlei Weise als eine Ausnahme von der gewöhnlichen Art des Kaufes dar. Alle Erfordernisse eines solchen sind vorhanden, da das Kaufobject als ein bereits zur Zeit des Vertragsschlusses existentes gilt. Daraus folgt, dass dies Geschäft lediglich nach den allgemeinen Rechtsbestimmungen über Kauf zu beurtheilen ist. [3])

2. Es wird keine ausdrückliche Entscheidung getroffen für den Fall, dass der erwartete Fruchtbezug ganz oder theilweise ausfällt. Die Bestimmung, dass der Verkäufer, welcher absichtlich die Entstehung der Früchte vereitelt hat, mit der *actio empti* belangbar ist, wiederholt nur für den vorliegenden Fall einen für jeden Kauf giltigen Grundsatz. Man könnte jedoch geneigt sein, aus der Anknüpfung dieses Satzes mit „*sed*" einen Rückschluss auf die Fälle zu ziehen, bei denen ohne Verschulden des Verkäufers der Ertrag ausgeblieben ist. Da zur Erklärung dieses Wortes eine Einschiebung logisch nöthig ist, so wäre folgender Satz zu ergänzen: wenn bei dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und ohne Verschulden des Verkäufers nichts wächst, so haftet dieser nicht; aber er haftet, wenn etc. Es wird hiermit jedoch keine Auskunft über die Frage gewährt, ob, wenn der Verkäufer nicht haftet, dennoch der Käufer den Kaufpreis zahlen muss und ob der Kauf auch dann besteht, wenn nichts wächst. [4]) Dieses ist vielmehr

[3]) Bezüglich der Evictionsleistung wird dieses ausdrücklich für die *partus ancillae* anerkannt in *l. 8 Dig. de evict. 21, 2.* Vgl. auch Glosse zu *§. 1 l. c. intellegitur) sic et in partu et fructu quoad duplae stipulationem, licet actione ex empto teneatur.*

[4]) Ein Urtheil des R. O. H. G. vom 2. December 1870 legt diese Worte eigenthümlich aus. Ein Pächter hat durch Vertrag die fortlaufende Lieferung der von ihm zu producirenden Butter übernommen. In Folge eines Brandes, durch welchen ein Theil der Wirthschaftsgebäude zerstört wurde, stellte er die Lieferungen ein und wurde nun auf Erfüllung des Vertrages belangt. Das Gericht constatirt ausdrücklich, dass der Verkäufer die Butterproduction fortsetzen konnte, „aber unbequemer und nicht so vortheilhaft". Dennoch wird der Verkäufer nicht auf Lieferung verurtheilt: denn hier liege, weil ein erhofftes und in seiner Quantität unbestimmtes Product den Gegenstand des

aus den vorhergehenden Worten dahin zu entscheiden, dass der Kaufvertrag nur dann zur Vollendung gelangt, wenn die spätere Entstehung der Objecte ihn bestätigt. Fällt also durch den Erfolg der nachmaligen Ereignisse der Fruchtbezug aus, so zerfällt damit das ausdrücklich zur Voraussetzung gestellte Essentiale des Kaufes; der Kaufvertrag ist nicht perfect geworden und von einer Zahlungspflicht des Gegencontrahenten, als des Käufers, kann daher keine Rede sein. Von dem gleichen Grundsatz aus ist der Fall zu entscheiden, dass nur ein Theil der erwarteten Frucht entsteht. Auch hier gilt: nur im Verhältniss zu der entstandenen Quantität erstarkt der Kaufvertrag und nur im gleichen Verhältnisse muss der Kaufpreis bezahlt werden.

3. Es wird in unserer Stelle lediglich bestimmt, dass man zukünftige Sachen unter der angeführten Voraussetzung kaufen kann. Es ist daher keineswegs ausgesprochen, dass jeder Kauf von noch zu erwartenden Früchten oder Vieh in dieser Weise von deren späteren Existenz abhängig gemacht wird: er kann sehr wohl auch derart geschlossen sein, dass unter allen Umständen, auch wenn nichts wächst, der Preis bezahlt werden soll. Ferner ist nicht abzusehen, warum diese Art des Kaufabschlusses eine nur dem Frucht- und Viehkaufe eigenthümliche sein sollte. In gleicher Weise können auch andere zukünftige Gegenstände, z. B. Industrie-Erzeugnisse[5]) gekauft werden. Endlich kann nicht nur durch Kauf, sondern

Vertrages bilde, eine *emptio rei speratae* vor, „bei der der Verkäufer nur haftet: *si id egerit, ne nascatur*". „Er darf nur nicht dem Vertrage ausdrücklich zuwider handeln, eine besondere Sorgfalt dahin, dass dem Käufer unter allen Umständen die Waare geliefert werden müsse, ist ihm nicht anzusinnen." — Diese Auslegung unserer Quellenstelle erscheint bedenklich. Beim Verkaufe von industriellen Erzeugnissen, die durch menschliche Arbeit producirt werden sollen, gehört auch das Nichtthun, das Unterlassen der vertragsmässigen Thätigkeit unter das „*id egerit*". Die Stelle kann nicht die Entscheidung treffen wollen, dass der Verkäufer nur bei doloser Thätigkeit haften soll; sonst würde er auch nicht belangbar sein, wenn er beim Verkaufe einer Viehgeburt die nöthige Hilfe unterliesse oder z. B. die Stute nicht beschälen liesse.

[5]) Doch ist hier zu untersuchen, ob nicht deshalb eine Dienstmiethe vorliegt, weil die Arbeitsleistung der Herstellung das eigentliche Vertragsobject darstellt.

auch durch andere Rechtsgeschäfte über zukünftige Sachen disponirt werden.[6])

Für die Lehre vom Fruchtkaufe sind noch zwei Digestenstellen heranzuziehen.

a. Die eine [7]) spricht von dem Verkaufe von Früchten, die bereits in Halmen stehen. Der Verkäufer hat durch Vertrag die Haftung für den durch gewaltsame Ereignisse und Unwetter verursachten Schaden übernommen und es fragt sich, ob er auch haftet, da das Getreide durch Schnee verdorben ist. Dies wird bejaht für den Fall, dass der Schneefall ein für die betreffende Gegend aussergewöhnlicher war.[8])

An sich bezweckt diese Entscheidung nur eine Auslegung der Verbindlichkeit, welche der Verkäufer mit den Worten einging: *si quid vi aut tempestate factum esset, praestaturum.* Man wird aber berechtigt sein, aus dem Umstande, dass der Verkäufer durch besondere Vertragsberedung die Haftung für aussergewöhnliche Unfälle übernahm, sowie besonders aus der Motivirung der Entscheidung, welche ergibt, dass sich die übernommene Haftung nur auf diese, nicht auch auf die gewöhnlichen Unfälle erstreckt, den Schluss zu ziehen, dass regelmässig der Verkäufer die Gefahr bei dem Kaufe der Früchte auf dem Halme nicht trägt. Denn wenn der Verkäufer bereits *ipso iure* einstehen müsste bei dem Verderb der Früchte, so würde es zwecklos sein, zu entscheiden, dass er nicht *ex pacto* hafte.

Weiter darf man aber nicht gehen. Es ist speciell ungerechtfertigt, in unserer Stelle eine Entscheidung zu suchen für den Umfang der Zahlungspflicht des Käufers. Wenn die

---

[6]) Vgl. die Glosse zu den Worten *recte ementur] et obligantur, et promittuntur — et legantur.* Ferner *l. 24 pr. Dig. de legat. I: Quod in rerum natura adhuc non sit* **legari** *posse, veluti quidquid illa ancilla peperisset, constitit: vel ita „ex vino quod in fundo meo natum est“ vel „fetus tantum dato“.* Ebenso bezüglich der **Verpfändung**: *l. 15 pr. Dig. de pignor. et hyp. 20, 1.*

[7]) *l. 78 §. 3 D. de contr. empt. 18, 1: frumenta, quae in herbis erant, cum vendidisses, dixisti te, si quid vi aut tempestate factum esset praestaturum: ea frumenta nives corrupuerunt: si immoderatae fuerunt et contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit.*

[8]) *gl. praeter consuetudinem regionis. nam de solita non videtur actum — si obligat se ad insolita, non ideo tenetur ad solita.*

gemeine Lehre behauptet [9]), dass hier entschieden werde, der Käufer müsse unter allen Umständen den Preis bezahlen, auch wenn er nichts von den Früchten erhielte, so entbehrt solche Interpretation der Begründung.

Die Haftung, welche der Verkäufer hier übernimmt, hat nur die Bedeutung, dass durch den gänzlichen Untergang der Früchte der Vertrag nicht aufgelöst werden soll und er vielmehr die reale Verwirklichung des Kaufes praestiren will. Nichts zwingt daher, diese Stelle, da sie nur von Früchten auf dem Halm spricht, der obigen *lex* 8 gegenüber zu stellen. Die letztere spricht allgemein von *fructus futuri* und kein Grund liegt vor, diesen Ausdruck auf erst ausgesäte, noch nicht in Halmen stehende Früchte zu beschränken [10]); vielmehr müssen die oben entwickelten Grundsätze in beiden Fällen gleichmässig gelten. [11])

b. Sehr bestritten ist die Auslegung einer zweiten Stelle. [12]) Nach der einen Ansicht ist diese so zu verstehen, dass Jemand

[9]) Als Begründung wird angeführt, die Früchte existirten hier bereits und der Kauf sei sofort perfect. So z. B. Pantzschmann *quaest. pract. liber I qu. 17 nr. 78*. — Geo. A. Struve: *syntagma iur. civ. exercit. 23 l. 18 tit. 1 nr. 26*. — Sam. Stryk: *de cautelis contractuum sect. II cap. 8 §. 11*. — Sam. de Cocceii: *ius civ. controv. l. 18 t. 1 qu. 6*. — Ferner Westphal: Handel über künftigen ungewissen Gewinnst S. 12. — Vangerow: Pandecten, Bd. III, §. 632, A. I. 1 fasst diesen Kauf als *e. spei* auf, stimmt aber bezüglich der Auslegung der *lex cit.* mit der obigen Ansicht überein. — Glück: Comm. zu den Pandecten IV, §. 303, A. 11, S. 197 bestreitet, dass sich aus der cit. Stelle ergebe, dass der Käufer die ganze Gefahr trage und den Preis bezahlen muss, wenn er gar nichts erhält. Er will auch für den Kauf der *fructus in herbis* die allgemeinen Regeln des Fruchtkaufes zur Anwendung bringen, nach welchen dieser Kauf nur besteht, wenn irgend etwas, sei es auch wenig, gewachsen ist, während andererseits auch für das Wenige der ganze Preis bezahlt werden muss.

[10]) Vgl. unten §. 2 *Bartholomeus de Saliceto*.

[11]) Vergleiche auch unten §§. 5 und 6.

[12]) *l. 39 §. 1 Dig. de contr. empt. 18, 1. verisimile est eum, qui fructum olivae pendentis vendidisset et stipulatus est decem pondo olei quod natum esset, pretium constituisse ex eo quod natum esset usque ad decem pondo olei: id circo solis quinque collectis non amplius emptor petere potest* (nach Pothier *Pandectae Justinianeae tom. I. lib. II. tit. 14 nr. 71* ist statt dieser Worte zu lesen: *ab emptore petere posse;* nach Mommsen in seiner Digestenausgabe: *eum petere posse*) *quam quinque pondo olei, quae collecta essent, a plerisque responsum est*.

den Gesammtertrag einer noch ausstehenden Olivenernte verkauft. Er schätzt den Oelertrag derselben auf 10 Pfund und bestimmt danach einen Gesammtpreis im Einvernehmen mit dem Käufer. Obwohl nun die Ernte nur 5 Pfund Oel ergibt und der Käufer nur diesen Ertrag vom Verkäufer verlangen kann, muss er dennoch den ganzen Kaufpreis bezahlen. Denn der Käufer muss, wenn nach dem voraussichtlichen Ertrage der Früchte der Preis bestimmt wurde, die Gefahr des Minderwachsens tragen.[13])

Die andere Meinung geht dahin, dass keineswegs die Gesammtheit des Fruchtertrages für einen Gesammtpreis verkauft ist[14]), sondern es seien schlechthin 10 Pfund Oel von der erwarteten Olivenernte gekauft und der Preis sei für diese Quantität festgestellt. Wenn nun die Ernte überhaupt nur 5 Pfund ergibt, so wird gemäss der verminderten Lieferung der Käufer auch nur die Hälfte des Preises zu bezahlen haben.

Diese letztere Auslegung erscheint als die begründetere. Sie entspricht den allgemeinen Regeln des Fruchtkaufes, wie diese oben ausgeführt sind: der Kauf gilt abgeschlossen mit strenger Bezugnahme auf den später entstehenden Fruchtertrag; soweit keine Frucht wächst, fehlt das Kaufobject und liegt kein Kauf vor.[15])

---

[13]) So besonders Glück, Commentar Bd. IV, §. 303, S. 198. Es ist diese Auslegung die Consequenz der in Note 9 angedeuteten und unten §. 4 weiter auszuführenden Anschauung über die Wirkung und den Begriff der *e. rei speratae* überhaupt.

[14]) Für den — von dem vorliegenden völlig verschiedenen — Fall, dass 10 Pfund gekauft werden, das Pfund à x Mark: herrscht völlige Uebereinstimmung dahin, dass nur die Pfunde, die wachsen, bezahlt werden müssen.

[15]) In der Literatur wird überwiegend die letztere Ansicht vertreten. Vgl. z. B. Westphal l. c. §. 5 a. E; Vangerow, Pandecten III, §. 632. A. I, 1; Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II, Nr. 442; Hofmann, *periculum* beim Kaufe §. 37. Der Nachdruck liegt auf der Frage, ob der Käufer 10 Pfund oder nur 5 Pfund zu bezahlen braucht. Insofern ist daher Westphal und Glück l. c. im Gegensatze zu Vangerow beizutreten, wenn diese ausführen, dass es höchst selbstverständlich ist, dass der Käufer nicht mehr verlangen kann, als wie gewachsen ist, und dass also die cit. Stelle nicht von dem Forderungsrechte des Käufers handelt. Im Uebrigen aber ergibt sich in Folge des ungenauen Ausdruckes der Stelle nach der üblichen Lesart keine bestimmte Entscheidung für den Umfang der Zahlungspflicht des Käufers.

Es ergibt sich, dass von den beiden erwähnten Quellenstellen die letztere, weil sie nur die Entscheidung eines ganz besonderen Falles bezweckt und überdies ihre Auslegung sehr streitig ist, nur geringe Bedeutung für die allgemeine Auffassung des Fruchtkaufes haben kann. Die obige l. 8 gibt die massgebenden Grundsätze. Und diese haben uns dahin geführt, dass es regelmässig keinen rechtlichen Unterschied begründet, ob das Kaufobject eine gegenwärtige oder eine erst erwartete und zukünftige Sache ist. Auch der Grad der Reife der zukünftigen Früchte, speciell ob diese bereits in Halmen stehen, ist nach der Quelle irrelevant.

B. Die Anwendung des Begriffes der *spes* beim Kaufe und bei anderen Rechtsgeschäften. *(emptio spei.)*

Auch hier ist der Ausgang von *l. 8 Dig. de contr. empt.* zu nehmen. Gegenüber dem allgemeinen Grundsatze, dass beim Abschlusse eines jeden Kaufvertrages ein Gegenstand, ein bestimmtes Werthobject vorhanden sein muss, wird die Möglichkeit einer Ausnahme, die noch weiter reicht als die bei dem Kaufe zukünftiger Früchte etc. besprochene festgestellt. Anschliessend an den oben unter A zu Anfang erwähnten Satz sagt *l. 8* §. 1 *l. c.*: *aliquando tamen et sine re venditio intellegitur: veluti cum quasi alea emitur: quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiamsi nihil inciderit: quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est, si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.*

1. Die entscheidende Charakteristik dieses Kaufes liegt in den Worten, dass der Vertrag „*sine re*“ besteht. Es gilt mit dem Begriffe der *emptio venditio* vereinbar, dass die *res*

Diese ist daher aus den oben gegebenen allgemeinen Regeln zu entnehmen. — Unsere obige Entscheidung würde bestätigt und die Quellenstelle selbst würde volle Klarheit erlangen, wenn man die Lesart, wie sie Pothier oder Mommsen (s. Note 12) vorschlagen, annehmen wollte. — Für die Auslegung in diesem Sinne vergl. die Glosse zu *responsum est] sed et pretium plus quam pro V non solvetur: et si soluerit, per condictionem sine causa repetitur. Accur.* Cocceii, *ius controversum l. 18 t. 1 qu. 6 nr. 3:* zur Auslegung unserer *lex: detrahitur pretio quantum minus natum est.* Auffällig ist, dass nirgends bei Interpretation der vorliegenden Stelle beachtet wurde, dass diese von bereits hängender Frucht handelt und dass daher die gemeine Lehre ihre für den Kauf der Früchte auf dem Halm aufgestellten Sonderregeln hätte anwenden müssen

ausfällt und der Käufer eine Geldsumme als Kaufpreis zahlt, obgleich er kein Kaufobject erhält.

Diese Bestimmung entscheidet den Gegensatz der sogenannten *emptio spei* nicht blos zum gewöhnlichen Kaufvertrage. Die Worte *sine re* sind mit Nachdruck den *fructus et partus futuri* gegenübergestellt. Beim Kaufe der letzteren wird der bestimmteste Bezug auf den Wuchs der Früchte genommen; nur durch deren Entstehung werden die Voraussetzungen des Vertrages völlig erfüllt. Beim vorliegenden Kaufe wird diese Voraussetzung nicht hinzugefügt; der Verkauf soll in seinem Rechtsbestande nicht abhängig sein von der demnächstigen Entstehung des Objectes und nicht erst durch diese wird der vormalige Vertragsabschluss bestätigt.

An Stelle des bei dem gewöhnlichen, wie bei dem Fruchtkaufe reell existirenden Kaufgegenstandes, der hier fehlt, bestimmt unsere Stelle positiv als den Inhalt des Kaufvertrages, dass „*quasi alea*“ gekauft wird. Es soll hiermit der Eigenart dieses Kaufes dahin Ausdruck gegeben werden, dass der festgesetzte Kaufpreis hingegeben wird für den erwarteten, aber ungewissen Ertrag einer bestimmten Thätigkeit. Als Beispiele führt die *lex* an: den Ertrag eines Fischzuges oder Vogelfanges, oder dasjenige, was der Verkäufer beim Auswerfen der öffentlichen Geschenke erlangen wird.[16]) Die Ungewissheit jenes Ertrages besteht nun nicht blos darin: wie gross die Menge der erlangten — meist fungibeln — Gegenstände und wie werthvoll die einzelnen Objecte sein werden, sondern vor Allem darin, ob überhaupt in irgend einem Masse sich ein reeller Erfolg ergibt. In letzterem liegt die Anomalie zu dem am Anfang jener Stelle gegebenen Grundsatze: *nulla emptio sine re*.

Abwechselnd und völlig mit *alea* darin gleichbedeutend dass beim vorliegenden Kaufe eine Unsicherheit und Ungewissheit des Erfolges herrscht, welche sich bis zum vollständigen Ausfalle des Kaufobjectes steigern kann: wird von den römischen Juristen der Ausdruck „*spes*“ benutzt. *Spei emptio*

---

[16]) *l. 11 §. 18 Dig. de A. E. et V. 19, 1* führt als Kaufobjecte an: *cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positis a venatore vel pantheram ab aucupe.*

est sagt unsere Stelle und der hierzu gehörige Casus der Glosse sagt schlechthin *spes emitur.*

Beide Bezeichnungen — und dies ist streng zu betonen — bedeuten also nicht, dass die *spes* oder die *alea* die reellen Objecte des Kaufes sind. Dies würde, ganz abgesehen davon, dass der streng realen Denkweise der römischen Juristen eine derartige spiritualistische Auffassung völlig fern liegen musste, dem mit Nachdruck an den Eingang der Erörterung gestellten Satze, dass eben ein Kauf auch *sine re* bestehen könne, durchaus widersprechen. Der Sinn jener Worte kann vielmehr nur der sein: sie sollen zur Erläuterung jener extremen Ausnahme vom gewöhnlichen Kaufe darlegen, dass der Erfolg des Vertrages und die Entstehung der gekauften Gegenstände abhängig ist von einem zukünftigen erwarteten, aber eventuell sich als gänzlich trügerisch erweisenden Ereignisse. *Spes* und *alea* vertreten nicht die Stelle der *res*, sondern erklären nur den möglichen Ausfall der letzteren.

2. Aus dem derartig festgestellten Begriffe der *spes* ergeben sich für den Inhalt des vorliegenden Kaufvertrages folgende Consequenzen.

Zunächst wird durch die gegebene Auslegung jenes Vertragsbegriffes der Annahme vorgebeugt, als sollte mit den Worten „*sine re venditio fit*" ausgesprochen werden, dass der Kaufvertrag über ein Nichts abgeschlossen würde. Von dem Grundsatze, dass derjenige, der einem Anderen eine Auszahlung in der Absicht macht, nichts dafür zu erhalten, nicht zahlt, sondern schenkt, soll keine Ausnahme gegeben werden. Denn der Käufer erhält hier immer einen Gegenwerth, der ihm vielleicht viel, vielleicht wenig und eventuell nichts reell bietet, der aber gerade in dieser unsicheren Erwartung eine gewisse Existenz hat und dem Käufer durch jene Aussicht denjenigen ökonomischen Vortheil bietet, dem durch die Abschätzung des Kaufpreises Ausdruck gegeben wird. Dieser Gegenwerth muss immer geleistet werden; er bildet den Inhalt des Forderungsrechtes des Käufers.

Die für den Begriff des Kaufvertrages streng betonte Zweiseitigkeit, nach welcher die Leistung des Käufers und Verkäufers durch die Gegenleistung des Mitcontrahenten bedingt ist und regelmässig erst durch deren Vollzug zur



Leistungspflicht wird: ist für die *emptio spei* des römischen Rechtes also gewahrt. In gleicher Weise ist ferner daran festzuhalten, dass bei diesem Rechtsgeschäfte immer, wie dies der ganze Zusammenhang der *lex 8* ergibt, die begrifflichen Voraussetzungen des Kaufvertrages erfordert werden. Zu diesen letzteren ist nun entschieden zu zählen, dass die gegenseitig zu leistenden Objecte in einem derartig realen Verhältnisse stehen, dass in Wahrheit von einem „Umtausche" gesprochen werden kann. Für den vorliegenden Vertrag muss also verlangt werden, dass erstens durch die Einwirkung der *alea* die Unsicherheit der Leistung des Verkäufers sich nicht derartig steigert, dass die dem Käufer gewährte Gegenleistung nicht mehr als reelles Aequivalent des gezahlten Preises erscheint, und dass zweitens die ernste Absicht der Parteien immer darauf geht, auch der Sache und dem Erfolge nach ein Kaufgeschäft abzuschliessen und nicht darauf, das Wagniss aufzusuchen, um Gewinn zu machen.

Die spätere Lehre hat dies nicht beachtet und hat vielmehr unbekümmert, ob in Wirklichkeit ein „Kauf" vorliegt, den Begriff der *emptio spei* auf Rechtsgeschäfte ausgedehnt, welche offenbar Spielverträge sind. Wenn bei dem vorliegenden Kaufe eventuell das Object ausfallen darf, so kann man doch nicht umgekehrt jeden Vertrag deswegen, weil der zu erwerbende Gegenstand von einem ungewissen Zufalle abhängt, unter die *„emptio" spei* rubriciren. Die erste Prüfung muss sich darauf erstrecken, ob denn ein Kaufvertrag abgeschlossen wurde und dann erst kann in Frage kommen, wie weit die *alea* oder *spes* ihren Einfluss auf dies Geschäft ausüben.

Man verwechsele übrigens die Wirkung dieser *emptio spei* nicht mit den in gewisser Weise ähnlichen Folgen der Gefahrtragung beim Kaufe. Die Rechtswirkungen der ersteren sind nicht auf den Einfluss des Periculum zurückzuführen. Wenn in Folge der Gefahr, welche der Käufer zu tragen hat, die Leistung des Verkäufers ausbleibt, so ist doch vorher ein bestimmter Kaufgegenstand, der durch den Vertrag in die Verfügungsgewalt des Käufers gelangt ist, vorhanden gewesen. Bei Abschluss der *emptio spei* aber liegt ein solcher Gegenstand nicht vor; vielmehr ist es gerade im Wesen dieses Vertrages begründet, dass es vom Anfang an ungewiss

ist, ob ein „*res*" entstehen wird. Die Nichtleistung ist hier die Folge nicht des Unterganges einer gegenwärtigen, bestimmten Sache, sondern des Nichtentstehens eines zukünftigen, ungewissen Gegenstandes.

3. Aus der römisch-rechtlichen Auffassung, dass durch die *spes* oder *alea* dem Käufer ein Aequivalent zugeführt wird, ergibt sich ferner, dass von Anfang an die Möglichkeit, einen Ertrag zu erlangen, vorhanden sein muss. Es darf also nicht bereits zur Zeit des Vertragsschlusses bestimmt sein, dass die erwartete Sache weder existent ist, noch dies werden kann. Da es sich übrigens meist um vertretbare Gegenstände handelt, so wird der Fall, dass das Object vor dem Vertragsschlusse ganz, d. h. mit der ganzen Gattung zu Grunde gegangen war, selten sein.[17]) Die Möglichkeit des Erfolges wird regelmässig eine objective sein müssen. Die wenn auch beiderseits in *bona fide* angenommene, aber in Wirklichkeit unerfüllbare Aussicht auf einen Ertrag wird nicht als Vertragsäquivalent gelten können.

Neben dem in unserer *lex* genannten Falle des völligen Ausfalles des Kaufobjectes liegen die Eventualitäten, dass der Ertrag ein geringer, ein dem Preise entsprechender, ein diesen wenig oder weit übersteigender ist. Da gerade in diesen Eventualitäten der Ausgleich des vielleicht ungünstigsten Falles beruht: so bestehen sie sämmtlich zu Gunsten des Käufers. Der Verkäufer muss nur den Ertrag, diesen aber in seinem ungeschmälerten Umfange leisten. Spätere drücken dies so aus: der Verkäufer hat bei der *emptio spei* nicht das *beneficium* der *laesio enormis*.

4. Als eine weitere wichtige Rechtsfolge aus dem Begriffe der *emptio spei* ist hervorzuheben, dass der Verkäufer nicht für die Eviction des gelieferten Kaufobjectes haftet. Auch hierdurch wird eine Ausnahme gemacht von einer der *emptio venditio* als *contractus bonae fidei* durchaus wesentlichen Eigenschaft.[18]) Die Sonderbestimmung wird da-

[17]) Ausgeschlossen ist der Fall nicht. Z. B. der Teich A, in welchem der Fischfang vorgenommen werden sollte, ist völlig ausgetrocknet.

[18]) Wenn l. 8 §. 1 cit. nur davon spricht, dass keine Eviction prästirt werde bei den Missilien, so wird dies Beispiel für alle anderen Fälle der *e. spei* genannt. Die vorher erwähnten *pisces* und *aves* werden nicht aufge-

durch erklärt, dass man sagt: nach dem Vertragsinhalte muss der Käufer den ausbedungenen Preis zahlen, auch wenn er nichts erhält. Er kann sich somit nicht beschwert fühlen, wenn ihm das Gelieferte wiederum abgestritten wird.[19])

5. Obwohl der Käufer sich eventuell damit begnügen muss, für seinen Kaufpreis nichts zu erhalten, so ist doch sein Forderungsrecht dem Verkäufer gegenüber nicht von dessen Willkür abhängig. Bezüglich des Kaufes eines Fischzuges werden die rechtlichen Verpflichtungen des Verkäufers ausdrücklich hervorgehoben. Wenn der Fischer den Fischzug, dessen Ertrag er verkauft hat, nicht unternehmen und seine Netze nicht auswerfen will, so ist er dem Verkäufer zum Schadensersatze verpflichtet. Massgabe für die Höhe des Schadens bildet die Abschätzung des voraussichtlichen Ertrages des Fischzuges. Hat aber der Fischer bereits den Zug gethan und will die gefangenen Fische nicht herausgeben, so werden diese taxirt und hiernach bestimmt sich der Umfang der Ersatzpflicht.[20])

Man wird berechtigt sein, diese Grundsätze als analog für jede *emptio spei* giltige zu betrachten. Wenn einmal dieses Rechtsgeschäft als Kauf qualificirt wird, so müssen auch die Regeln des *bonae fidei* Contractes angewandt und nach ihnen müssen Rechte und Pflichten der Contrahenten bestimmt werden.[21])

6. Insofern der Begriff der *spes* die Ungewissheit des Erfolges, auf den der Kaufvertrag gerichtet ist, bezeichnet, wird *spes* in gleicher Bedeutung auch für andere Rechtsgeschäfte angewandt. So beim Kaufe einer Erbschaft. Zwar heisst es, dass regelmässig hierbei für das Vorhandensein der

---

führt, weil bei diesen von einer Eviction nicht die Rede sein konnte. — Die Glosse fügt auch allgemein hinzu: *sed qui vendidit in alea nullo modo tenetur. Accur.*

[19]) *l. 11, §. 18 Dig. de A. E. et V. 19, 1.*

[20]) *l. 12 Dig. de A. E. et V. 19, 1. si iactum retis emero et iactare retem piscator noluit incertum eius rei aestimandum est (gl.: aestimatur quantum est verisimile, quod esset captum; quod inspicitur secundum quod consuetum est. Accur.); si quod extraxit piscium reddere mihi noluit, id aestimari debet quod extraxit.*

[21]) Vgl. *l. 12 Dig. de H. v. A. v. 18, 4.*

verkauften Erbschaft einzustehen ist[22]); jedoch ist es zulässig, dass der Verkauf stattfindet unter der Modification: „*si qua sit hereditas, est tibi empta*“, und dann ist „*quasi spes hereditatis*“ verkauft.[23])

Ferner wird der Forderungsinhalt einer bedingten Stipulation als *spes* bezeichnet. Diese Hoffnung geht auf die Erben über.[24]) Die Hoffnung als Object der Forderung aus einer bedingten Obligation besitzt auch einen eigenen Werth, welcher dadurch festgestellt wird, dass man untersucht, zu welchem Preise die „*spes obligationis*“ sich verkaufen lässt.[25])

Endlich wird auch der „*spes futurae actionis*“ eine juristische Bedeutung zuerkannt und es wird ausgesprochen, dass diese Hoffnung auch durch einen freigibigen Vertrag übertragen und erworben werden kann.[26])

II. Die historische Entwicklung der Lehre vom Kaufe zukünftiger Dinge.

§. 2. *a.* Die Commentatoren des Civilrechtes.

Wir wenden uns nunmehr zur Beantwortung der weiteren Frage: wie sind die Regeln des römischen Rechtes vom Kaufe

---

[22]) *l. 7 Dig. de H. v. A. v. 18, 4: cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res ...*

[23]) *l. 11 Dig. t. c.* Es wird hinzugefügt: *ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus.* — Jacob Warner *diss. de emptione aleae, cap. VI* findet einen Widerspruch in den Worten der *cit. l. 7* und *l. 11*; er vereinigt beide Stellen so. Wenn eine Erbschaft verkauft wird, muss eine solche vorhanden sein, wie *l. 7* ausführt. Weil aber dieser Verkauf nicht die einzelnen in der Erbschaft enthaltenen Gegenstände bestimmt, sondern diese im Ganzen umfasst, so sagt *l. 11* mit Recht: *incertum aliquid venditum esse.* Die Ungewissheit besteht nur nicht in der *res*, sondern in der *quantitas*: die *successio in universum ius defuncti*, nicht die einzelnen *corpora* sind verkauft und nur für erstere muss vom Verkäufer eingestanden werden.

[24]) *§. 4 Inst. de verb. obl. 3, 15. ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit.*

[25]) So bei Berechnung der *Quarta Falcidia* nach *l. 73, §. 1 Dig. ad leg. Falc. 35, 2.*

[26]) *l. 3 Cod. de donat. 8, 53.* Die Glosse zu *futurae actionis* in dieser Stelle führt ferner aus, dass ich auch die „*spes doni mihi futuri*“ giltig cediren kann, *quia potest etiam vendi spes.*

zukünftiger Dinge in der Lehre der späteren Perioden entwickelt worden. Die wichtigsten Aussprüche der Glosse sind bereits oben angeführt worden. Ich gehe hier zunächst auf die Ansichten einiger hervorragender Commentatoren des Civilrechts ein.

Unter den Commentatoren des Civilrechts war für unsere Lehre von besonderer Wichtigkeit und für viele Spätere geradezu massgebend: Bartolus de Saxoferrato.[27]) Er entwickelte das Verhältniss zwischen dem Kaufe gehoffter Sachen und dem Hoffnungskaufe im engeren Sinne ausgehend von der Frage, wie es kommt, dass nach der *lex 8 Dig. de contr. empt.* nur im letzteren Falle „*spes*" als gekauft gilt, während im ersteren der Kauf zerfällt und kein Preis bezahlt wird, wenn keine Früchte wachsen. Entscheidend ist nach ihm die Wortfassung des Vertragsschlusses. Kauft man „*aliquod corpus futurum*", mag dieses nun in zukünftigen Früchten oder in Fischen und Vögeln, die gefangen werden sollen, bestehen, so ist der Kauf nicht giltig, wenn die Früchte nicht wachsen und die Thiere nicht gefangen werden. Anders ist es, wenn „*ipse actus capiendi*" Object des Vertrages ist; wenn man also die „*perceptio fructuum*" oder die „*captura piscium*" kauft. Dann gilt *spes* oder *alea* gemäss *l. 8, §. 1 Dig. de contr. empt.* als gekauft.

Die Bedeutung dieser Ausführung liegt darin, dass Bartolus nicht die in der citirten Quellenstelle als Beispiele erwähnten Arten der zukünftigen Kaufobjecte selbst — ob Früchte, ob Fische —, sondern den Vertragswillen der Parteien, den er nach der verschiedenen Bezeichnung des Kaufobjectes auslegt, darüber entscheiden lässt, ob die Giltigkeit des Kaufes von dem Existentwerden der Kaufobjecte abhängt oder nicht.[28])

[27]) *Commentaria in digestum novum lib. 39, tit. 4 de publican. et vectigalibus. lex XI cotem §. qui maximus, nr. 4—11.*

[28]) Die gleiche Ansicht spricht Bartolus auch an anderer Stelle aus: Vgl. *Comm. ad lib. 19 tit. 1 Dig. lex 13 si iactum:* (*1.*) *Aut enim vendo tibi pisces, quando capientur: et nullis captis non valet venditio sicut si vendo fructus, qui nascentur et similia.* (2.) *Aut vendo ipsum iactum, seu ipsam perceptionem et sic spem ipsam: et tunc loquitur lex ista (sc. l. 8, §. 1, Dig. 18, 1).* Ferner einen viel citirten Ausspruch: *Comm. ad lib. 18, tit. 1, Dig. lex 8: si venditur res non valet venditio nisi res exstet: si venditur dubius eventus, consistit venditio licet nil sequatur.*

Im Weiteren specialisirt Bartolus die Arten des Fruchtkaufes, sowie die Auslegung und Folgen desselben.

1. Es kauft Jemand die erwarteten Früchte auf mehrere Jahre, und zwar:

a) entweder eine bestimmte Quantität derselben, wie: „100 Körbe Wein aus diesem Weinberge", dann wird beim Minderwuchse der Preis entsprechend reducirt oder es wird die nächste Ernte abgewartet;

b) oder ohne Quantitätsangabe. Dann fragt es sich:

α) ob der Käufer die Aberntung übernimmt. Hier gilt der Niessbrauch als gekauft;

β) oder ob der Verkäufer die Ernte besorgen soll.

αα) Wenn hier der Vertrag lautete „*vendo fructus nascituros vel fructus, qui in tali nascentur praedio*", so gilt der Kauf für das Jahr nicht, in dem nichts wächst „*et debet fieri remissio pro rata mensurae deficientis*".

ββ) Wenn aber die Früchte gekauft sind mit der Bestimmung „*si qui nascentur, sunt tibi venditi*", dann gilt „*spes*" als verkauft.

2. Es kauft Jemand die Früchte eines Jahres. Sind diese bereits ausstehend *pendentes,* so ist, vorbehaltlich anderer Vertragsbestimmungen, die Gefahr beim Käufer.

Eine besondere Bestimmung wird noch bezüglich der Anfechtung des Fruchtkaufes wegen Verletzung über die Hälfte gegeben. Die Anfechtung ist auch zulässig bei dem Kaufe der „*perceptio fructuum*", also bei der *emptio spei*. Jedoch soll die Verletzung nicht nach dem effectiven Wachsthume, sondern nach demjenigen berechnet werden, was nach gewöhnlicher Schätzung an Früchten zu erwarten war.

Die Ausführungen des Bartolus finden, was keiner weiteren Darlegung bedarf, in den Aussprüchen der römischen Juristen keine Stütze. Sie sind der Ausgang geworden für eine endlose Casuistik. Anstatt allgemeine leitende Principien aufzustellen, ergeht sich die Lehre in der Entscheidung einer Menge von Einzelfällen und verliert im Streite über diese völlig die Beziehung zu den römischen Quellen.

Von einigem Einflusse für unsere Lehre ist ferner:

Baldus. Häufig angeführt wird sein Ausspruch:[29]) *emptio consistit sive fundetur super re sive super spe.* Wird „*res*" gekauft, so ist immer die Bedingung als stillschweigend hinzugefügt anzusehen, dass nur im Falle der Entstehung des Kaufobjectes der Kauf giltig sein soll. Baldus wiederholt also den Ausspruch der Glosse zu *l. 8 Dig. de contr. e.,* dass beim Kaufe von gehofften Sachen: *semper inest tacita conditio, si nascantur.* Wir werden sehen, dass gerade diese Begriffsbestimmung von der Glosse und von Baldus an bis in die neueste Zeit festgehalten wurde.

Wenn dagegen ein „*dubius eventus*" das Kaufobject bildet muss der Preis bezahlt werden, auch wenn nichts erlangt wird. Dies wird speciell ausgeführt bezüglich des Kaufes der *annui reditus.* Ein Bedenken machte sich bei diesen dahin geltend, ob nicht ein Vertrag, bei dem ein Kaufpreis für eventuell völlig unentsprechende Gegenleistung bezahlt wird, gegen das Verbot der *Usura* verstösst. Indessen heisst es, wird hier wie beim Kauf eines Fischfanges ein für beide Parteien unsicheres Geschäft abgeschlossen, und wenn nach diesen zufälligen Verhältnissen die *spes* berechnet und bezahlt wird, so ist der Kauf unbedenklich zu gestatten.[30])

Unter den folgenden Commentatoren gibt erst **Bartholomeus de Saliceto** eine eingehendere Auseinandersetzung über unsere Frage.[31]) Er entwickelt eine eigenartige, von den früheren Autoren abweichende Anschauung über unsere Lehre. Bei **Bartolus** entscheiden die Worte des Vertrages, bei **Bartholomeus de Saliceto** entscheidet **die Art des gekauften Objectes**: ob eine *emptio spei* vorliegt oder nicht. Daher wendet

---

[29]) *Commentaria in lib. 18, 1, Dig. lex, 8.* Vgl. noch *Comm. in lib. IV Codicis tit. locati, lex licet, (l. 8 Cod. 4, 65)* über Remission des Preises beim Fruchtkaufe.

[30]) *Consilia tom. II, cons. 154; tom. V, cons. 292.* Der Verkauf geschieht: *pretio convenienti et iusto, videlicet quantum talis spes possit vendi communiter tempore contractus. nec tamen valet spes quantum valet res, cum spes multis casibus fortuitis sit subiecta.* Dieser letztere Ausspruch wird in Ermangelung einer genaueren Begriffsbestimmung für *spes* häufig citirt. **Baldus** entscheidet, dass der obige Vertrag weder *usurarius* sei *ex forma,* noch *ex intentione.* Er schliesst: *item si bona fuit intentio a principio, non inspiciamus eventum, sed principium seu initium contractus.*

[31]) *Comm. super quarto Codicis tit. de contr. empt. lex empti fides.*

Bartholomeus die Regeln der Quellen über die *emptio spei* nur an[32]) bezüglich des Kaufes eines Fischfanges. Für den Fruchtkauf entwickelte er eine neue Theorie.

1. Der gesammte Fruchtertrag eines Grundstückes wird für einen bestimmten Einheitspreis gekauft.

a) Wächst dann überhaupt nichts, so ist der Kauf hinfällig, denn er ist unter der — stillschweigenden — Bedingung eingegangen „*si nascatur*“.

b) Wächst aber auch nur einige Frucht, so ist jene Bedingung erfüllt und der Kaufvertrag bindet.[33]) Ein Nachlass vom Kaufpreise kann nicht gefordert werden. Denn von Anfang an war es ungewiss, wie viel wachsen würde, und gerade auf diese Unsicherheit hin ist der Gesammtpreis abtaxirt worden. Der Preis wird daher durch üppiges Wachsthum nicht erhöht, durch Missernte nicht gemindert.

c) Bestand dagegen beim Vertragsabschlusse keine derartige Ungewissheit, weil die Früchte bereits ausgereift waren: so ist der Kauf sofort vollendet worden, und die gewöhnlichen Regeln bezüglich der Gefahrtragung, wie bezüglich des Uebermasses des Preises kommen zur Anwendung.

d) Für den Fall, dass die Frucht zur Zeit des Kaufabschlusses in Halmen steht, könnte es nach *l. 78 §. ult. Dig. de contr. e.* scheinen, als ob die Giltigkeit des Kaufes nicht durch den Untergang sämmtlicher Früchte beeinträchtigt würde. Bartholomeus entscheidet aber, dass es keinen Unterschied machen soll, ob die Frucht auf dem Halme steht oder nicht. In beiden Fällen sollen die aufgestellten Regeln des Fruchtkaufes gleichmässig gelten.

2. Kauft Jemand 10 Körbe einer Frucht, indem für den einzelnen Korb eine bestimmte Summe festgesetzt wird,

---

[32]) Ebenso bestimmt er den Begriff der *emptio spei* im Gegensatze zu der *venditio fructus et partus* in: *Comm. super Digesto veteri tit. de contr. empt. §. nec emptio.*

[33]) Dieser Grundsatz ist von entscheidender Bedeutung. Die Quellen schweigen darüber und wir haben oben im entgegengesetzten Sinne entschieden. Die Doctrin aber folgt zumeist Bartholomeus. Auch Baldus hat, wenngleich nicht so klar und bestimmt, dies Princip aufgestellt: *Comm. in l. IV Cod. tit. locati lex licet nr. 10: numquid emptori fructuum futurorum fiat remissio sicut conductori? videtur quod non.*

so braucht er nur 5 zu bezahlen, wenn nur 5 wachsen. Er zahlt nichts, wenn keine Frucht entsteht. *l. 39 §. 1 Dig. de contr. empt.*

In dieser letzten Entscheidung stimmt Bartholomeus mit Bartolus überein. Im Uebrigen aber musste die bereits erwähnte Verschiedenheit der Unterscheidungsprincipien, von denen beide ausgehen, zu völlig anderen Resultaten führen. So sehen wir hier bereits sich einen Gegensatz bilden, der sich immer mehr verstärken sollte. Die Regeln, welche Bartholomeus de Saliceto gibt, sind, wenngleich man sich nicht auf ihn beruft, für Viele bis in die neueste Zeit massgebend geblieben.

Wir schliessen diese Reihe mit Jason de Mayno. Derselbe gibt keine allgemeine Darlegung über den Begriff und die Unterscheidung der vorliegenden Verträge. Bemerkenswerth sind aber einige Ausführungen über den juristischen Begriff der „*spes*“. Wir finden hier die Unterscheidung zwischen *spes probabilis s. a iure approbata* und *spes non probabilis.* [34]) Aus den Beispielen, die Jason für die *spes probabilis* gibt, sei die *spes fideicommissi* erwähnt. Der *heres fideicommissarius* hat vor der Restitution des F. C. eine rechtlich begründete Hoffnung auf dasselbe. Diese Hoffnung kann daher giltig als Gegenstand von Verträgen dienen, speciell kann sie auch verschenkt werden. Zur Begründung dieser Ansicht führt er an: *quia immo spes est aliqua res, et qui habet spem dicitur habere rem.* In gleicher Weise kann die Ehefrau schon während der Ehe über die Hoffnung, welche ihr auf Rückgabe der *dos* zusteht, rechtsgiltig verfügen.

Dagegen ist die Hoffnung auf die Erbschaft eines noch lebenden Agnaten keine vom Rechte gebilligte. Denn auf den Tod eines Anderen hin Hoffnung zu begründen, ist durchaus untersagt. Es gilt hierfür der Grundsatz: *non dicitur esse spes probabilis, nisi ius eam foveat.*

---

[34]) *Comm. super I parte Infort. tit. de acquirenda hereditate, lex is potest nr. 9, 10, 49, 50.* Ferner *Comm. 1 super Codice. tit. de pactis, lex de quaestione tali nr. 1—4.* — Auch der Ausdruck *spes iuridica et probabilis* kommt vor. Eine Ausführung über die Frage, *an spes potest rumpi*: gibt Jason: *Comm. super I parte Infort. tit. de lib. et postum. lex si a primo.*

Näher auf die Darlegungen Jason's einzugehen, wäre zwecklos. Mit grosser Weitschweifigkeit und ausgedehnter Polemik wird dasselbe Thema variirt, ohne dass ein juristisch brauchbares Resultat gewonnen würde. Die Anwendung des Begriffes Hoffnung bei den einzelnen Verträgen zeigt schon hier als Folge eine Fülle wortreicher Ausführungen, die nichts beweisen, nichts erklären. Ob Hoffnung aus einem Vertrage rechtlich begründet ist, dies zu untersuchen ist werthlos. Juristisch kommt es nur auf den Vertrag selbst an. Ist dieser wirksam, so bleibt es gleichgiltig, was für Hoffnungen damit verbunden wurden, und umgekehrt können alle Hoffnungen der Contrahenten einen an sich ungiltigen Vertrag nicht wirksam gestalten. Es fehlt mit einem Worte jeder rechtliche Zusammenhang der Hoffnung mit der Rechtsbeständigkeit des Vertrages.

Eine theoretisch befriedigende Darstellung des Kaufes zukünftiger Dinge ist von den Commentatoren nicht erreicht worden. Nicht die Ausbildung der im römischen Rechte für diesen Kauf gegebenen Begriffsbestimmungen wird angestrebt; vielmehr wird von ihnen nur ein Princip dafür gesucht, welchen rechtlichen Folgen und Wirkungen der einzelne jedesmalige Vertrag zu unterwerfen ist und nur für die Alternative, ob beim Ausfalle des Objectes der Preis bezahlt werden muss oder nicht, wird eine Norm gefordert. Daher die einseitige casuistische Behandlung der Frage und die widersprechenden Entscheidungen, sowie die Beschränkung auf den Fruchtkauf als den praktisch wichtigsten der hierhergehörigen Verträge.

Wichtig für die weitere Entwicklung der Lehre sind die beiden von ihnen für den Fruchtkauf aufgestellten Grundsätze:

1. Der giltige Bestand des Kaufes zukünftiger Früchte ist bedingt durch das Entstehen derselben.

2. Auch bei geringem Wachsthum der zukünftigen Früchte muss der ganze Preis bezahlt werden.

§. 3. *b)* Die canonistische Doctrin.

Im Gegensatze zu den verschiedenartigen bisher besprochenen casuistischen Versuchen findet sich bei den Canonisten eine einheitliche, das ganze Gebiet des Kaufes zukünftiger oder

ungewisser Gegenstände umfassende Lehre. Mit der Lehre der Canonisten sollen die Anschauungen einiger diesen nahestehenden italischen und spanischen Juristen verbunden werden. Insofern ist der Ausdruck der Ueberschrift „canonistische Doctrin" nicht im strengen Sinne zu nehmen. Es wird die Lehre dargestellt, die vorzugsweise von den Canonisten und ihren Gesinnungsgenossen vorgetragen wurde. Eine Trennung zwischen Canonisten im strengen Sinne und den hier mitbehandelten Juristen würde kein einheitliches Bild gewähren können. Beide ergänzen einander.

1. Es wird allgemein anerkannt, dass Gegenstände, welche noch nicht zur Existenz gelangt sind, gekauft werden können. Voraussetzung ist aber, dass man auf die Entstehung des Kaufobjectes hoffen kann. [35])

2. Bei dem Kaufe zukünftiger Dinge unterscheidet man im engen Anschlusse an *l. 8 Dig. de contr. e.* die zwei Kaufarten: entweder es werden Früchte gekauft oder ein Fischzug bildet das Kaufobject. Im ersteren Falle ist die Giltigkeit des Vertrages von der Entstehung der Früchte abhängig. Im zweiten Falle besteht der Kauf, auch wenn kein Ertrag erzielt wird.

Zur Begründung der Verschiedenheit der Rechtswirkungen beider Verträge führt man Folgendes an.

Es ist nach dem natürlichen Verlauf der Dinge regelmässig zu erwarten, dass Früchte wachsen. Die Parteien, welche über Früchte einen Kaufvertrag schliessen, verlassen sich daher auf die Wahrscheinlichkeit des Wuchses derselben und machen somit die Entstehung der Früchte zur stillschweigenden Bedingung des Kaufes. Ist dagegen ein Fischfang gekauft, so besteht keine derartige gewisse und begründete Aussicht auf den Ertrag, vielmehr hat man sich hier dem Zufalle unterworfen und von ersterer Auffassung kann keine Rede sein. [36])

---

[35]) Antonius Gomez: *variae resolutiones tom. II cap. II nr. 7. — si res speratur esse vel nasci, bene potest vendi, alias non.* — Ludovicus Molina: *de iustitia et iure tom. II disp. 340 nr. 14: si res sit in spe, vendi potest, antequam existat.* — Ioannes de Hevia Bolanus: *commercii terrestris lib. I cap. XII nr. 3 (vendi possunt res) quae quamvis actu non sint, tamen habitum possident aut facultatem, ut sint.*

[36]) Soweit sich absehen liess, hat zuerst Gomez l. c. diese nach ihm

Diese Theorie ist unverkennbar eine weitere Ausbildung und Begründung der von Bartholomeus de Saliceto aufgestellten Ansicht. Das Object des Kaufes unterscheidet auch hier die Verträge, aber der innere und wahre Grund der Verschiedenheit der Rechtsfolgen liegt in der verschiedenen, den Parteien bekannten Aussicht auf Production. Weil die Parteien wissen und bestimmen, dass in dem einen Falle lediglich das Glück und der Zufall, in dem anderen Falle der regelmässige Verlauf der Natur die Entstehung des Kaufobjectes bewirkt, deshalb wird beim Ausfalle des Objectes hier der Kauf ungiltig, während er dort bestehen bleibt.

Es ist also — und hierin nähert sich die Lehre derjenigen des Bartolus — in letzter Linie der Wille der Contrahenten entscheidend für die Wirkung des Vertrages. Der Wille wird aber nicht wie bei Bartolus aus den Worten des Vertrages, sondern aus der Entstehungsart des gewählten Kaufobjectes gefolgert.

3. Entsprechend der erwähnten Unterscheidung gilt jeder Fruchtkauf als eingegangen unter der: *tacita conditio si fructus nascantur, unde iis non natis, nulla est venditio.* [87]

Neuere unterscheiden dann noch diesen Kauf, welcher nur von Früchten gelten soll, die zur Zeit des Vertrags-

---

fast allseitig aufgenommene Theorie präcisirt: *ratio est: quia in fructibus verisimiliter partes cogitant, quod nascantur a communiter accidentibus, ideo iis non natis nihil debetur: quia sub illa conditione videntur partes contraxisse, in alea vero vel captu non est illa verisimilitudo, quia actus habet se ad esse et non esse et ideo sola spes videtur empta.* — Petrus Pantoia de Aiala: *commentaria in l. fin. Cod. de aleatoribus (thes. Ottonis tom. IV, pag. 1055) nr. 15: quia in fructibus ea mente fuerunt contrahentes, ut existimarent eos necessario, prout moris est, nascituros fore et cum ea conditione contraxisse videantur, illis non natis, contractus ob conditionis defectum, evanescit: at vero in alea, cum possit iactus aut dexter aut damnosus contigere, spes tantum empta fuit et ita in eius defectum non ideo magis venditio eliditur, quia etiam nefasto eventui se subiecit emptor.* — Franciscus Schmalzgrueber: *clerus saecularis et regularis s. Decretalium Gregorii IX lib. III tit. 17 nr. 71.* — Anacletus Reiffenstuel: *ius canonicum universum tom. III lib. III tit. 17 Nr. 41.* — Franciscus Zech: *rigor moderatus diss. III cap. II sect. 5 §. 136.*

[87]) Gomez l. c. und ebenso die in der vorigen Note Citirten. Unter Früchten sind sowohl Feldfrüchte als auch *foetus pecorum* und *partus ancillae* zu verstehen. Ebenso auch: de Hevia l. c. und Christophorus Haunold: *controversiarum de iustitia et iure privatorum tom. IV tract. X cap. I contr. 14.*



abschlusses noch nicht existiren, von dem Kaufe der Früchte „in der Saat". Bei letzterem trägt der Käufer von Anfang an die Gefahr.[38]) So weit sich sehen lässt, fehlt es dagegen an jeder Entscheidung, wie es zu halten sei mit der Giltigkeit des Kaufes, wenn nur einige Frucht wächst.

4. Dem Fruchtkaufe wird der Fall gegenübergestellt: *quando venditur alea vel captus piscium.* Man ist einig, dass dieser Kauf ohne Bedingung eingegangen wird und dass daher der Preis bezahlt werden muss, auch wenn nichts dafür gewährt wird.[39]) Bei Untersuchung des Begriffes und des Objectes dieses Kaufes jedoch theilen sich die Meinungen der Autoren.

Nach der Einen Ansicht beruht das Wesen unseres Kaufes darin, dass die „*spes*" das Kaufobject bildet. Dies wird besonders betont von Molina[40]), dessen Einfluss auf die spätere Lehre in Deutschland sehr bedeutend war.

Ebenso sagt Franciscus Mantica[41]) Cardinalis, dass derjenige, welcher die *perceptio fructuum* erhandelt, die *spes* auf den Fruchtbezug kauft.

Eingehender ist die Ausführung, welche Emanuel Gonzalez Tellez[42]) gibt. Nach ihm ist die *spes* an sich genügend und ausreichend, um als Gegenstand eines Vertrages zu fungiren; ein Rechtsgeschäft kann nicht angefochten werden wegen Mangel des Objectes, wenn in ihm die Hoffnung auf ein solches gegeben ist. Jedoch ist nicht jede Hoffnung hierzu ausreichend, sondern nur diejenige, welche vom Rechte gebilligt wird. Eine Sache, die man nicht durch Rechtsgeschäft zu erwerben vermag, kann auch nicht Gegenstand der juristischen Hoffnung sein.[43])

---

[38]) So Schmalzgrueber l. c. Nr. 73.

[39]) Vgl. Gomez, Molina, Schmalzgrueber *(pura est venditio) l. c.*

[40]) *de iustitia et iure tom. II disp. 340 nr. 14: quando autem venditur iactus retis aut quod venatione aliqua die capietur vel aliud simile, censetur vendi sola spes, eaque causa sive aliquid capiatur sive non, debetur pretium constitutum.* Eine weitere Erklärung über die Natur und über die Art der Veräusserung und des Erwerbes dieses Kaufobjectes fehlt.

[41]) *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus lib. IV tit. 18.* Mantica wiederholt völlig die Lehre des Bartolus über den Fruchtkauf.

[42]) *Commentaria in Decretales Gregorii IX in libr. 1 Decret. tit. 35 cap. 5 nr. 7 nam licet in aliis negotiis et rebus sufficiat spes, ut pactum super eis celebrari possit.*

[43]) *l. c. ratio est quia, cum diximus spem esse in consideratione ut vendi,*

Im Gegensatze zu dieser Lehrmeinung fassen die meisten Autoren dieser Periode nicht die Hoffnung selbst als den Gegenstand des Kaufes auf. Sie gehen vielmehr über den unbestimmten Begriff der *spes* hinaus und bezeichnen das Wesen des Kaufes damit, dass ein *incertum*, ein unsicherer Erfolg, der durch den Zufall bestimmt wird, als gekauft gilt. Ueberall wird die *alea*, welche bei dem Kaufe mitwirkt, hervorgehoben als entscheidende Vertragsqualität, und als Kaufobject wird das vom Zufall abhängende Product selbst oder die auf die Production gerichtete Thätigkeit genannt. [44])

Diese Anschauung tritt um so deutlicher hervor, wenn das oben erwähnte Princip der Canonisten für die Unterscheidung der Verträge über zukünftige Sachen in Erwägung gezogen wird. Danach ist gerade als das charakteristische und entscheidende Merkmal der sogenannten *emptio spei* hervorgehoben,

---

donari, hypothecae nomine obligari, paciscive de ea possit: intellegendum est de spe licita et approbata, non vero de spe bonis moribus contraria.

[44]) Folgende Zusammenstellung der von den *qu.* Autoren zur Charakteristik dieses Kaufes verwandten Aussprüche wird dies illustriren. Gomez sagt allerdings in der oben citirten Stelle: *sola spes videtur empta*, allein der Zusammenhang daselbst, wie auch die frühere Definition dieses Kaufes beweisen, dass der Nachdruck auf dem *incertum* liegt. Letztere Stelle lautet: *potest quis vendere aleam aut captum piscium avium vel similium rerum.* Und ferner: *quando vero venditur alea vel captus statim valet contractus.* — Leonardus Lessius: *de iustitia et iure lib. II cap. 22 dub. 3*: *pecunia absens et periculis exposita vendi potest pro praesente — unde potest vendi sicut hereditas futura et iactus retis futurus.* Der Ausdruck *e. spei* kommt bei ihm nicht vor. — Joannes Azorius: *Institutionum moralium pars III lib. VII cap. XVII iactus retis vel alea, captus avium vendi queunt.* Trotz der eingehenden Erörterungen spricht er nicht von *emptio spei*. Vgl. ferner *lib. VIII cap. X.* Joannes de Hevia Bolanus: *commercii terrestris lib. I cap. 12 nr. 3* sagt zwar, dass *spes* gekauft würde, aber seine weiteren Erläuterungen zeigen, dass er hierher zu beziehen ist. — Anacletus Reiffenstuel *l. c. nr. 43*: *iactus aleae — censetur absolute et sine ulla conditione emi.* — Franciscus Schmalzgrueber *l. c. nr. 71: aliarum rerum proventus est incertus et fortuitus, quia aut omnino aut magna ex parte a casu et fortuna dependet, uti est captura volucrum, piscium, missilium, lucra ex sorte, lusibus fortunae. — nr. 72. quia non tam res certa quam incerta videtur vendita ipsaeque partes aleae ac fortunae se commisisse.* — Franciscus Zech: *rigor moderatus diss. III, cap. II, sect. 5, §. 186: emptio spei dicitur contractus per quem certo pretio emitur res acquirenda incerta. — Per hunc contractum „proprie emitur ius acquirendi" illud, quod isto actu, super quo contrahitur, acquiri potest.*

dass bei dieser durch den Zufall bestimmt wird, ob ein Kaufobject und welches wirklich zum Vorschein kommt. Wenn nun aber ein unbestimmtes Geschick entscheiden soll, ob Jemand für einen Preis, den er zahlt, viel oder wenig oder gar nichts erhält, und wenn diese Ungewissheit als wesentliche Eigenschaft eines Vertrages gilt: so heisst dies nichts anderes, als dass ein gewagtes Geschäft vorliegt. Gerade in der Aufstellung dieses Begriffes zeigt sich das Wesen der canonistischen Lehre.[45])

Mehrere hierher zu beziehende Autoren sprechen denn auch bestimmt aus, dass die *emptio spei* lediglich ein gewagtes Geschäft sei. Von hervorragender Bedeutung ist ein Ausspruch des einflussreichen römischen Juristen Sigismund Scaccia[46]): *Declara tertio, ut aliqui contractus, quamvis sint compositi ex natura sponsionis, tamen quia habent vestem, quae eos cohonestat et ex qua eorum iustitia apertius videri potest, sunt communiter recepti, qui sine illa veste in nuda sponsione essent suspecti et ideo disputabiles et forsan non admissibiles, praesertim in Romana curia; huiusmodi sunt census vitalitius, societas officii qui Romae passim fiunt — similiter iactus rethis, qui est emibilis et tamen hi omnes a sponsione non discrepant, quia si in censu vel societate mors evenerit, unus lucratur capitale, si non evenerit alter lucratur tot pro centenario, quos fructus vocamus et qui emit iactum rethis, si iactus erit plenus, lucratur, si vacuus, perdit.*

Dieser Ausspruch enthält die richtige Kritik derjenigen späteren Doctrin, welche bemüht ist, alle Geschäfte, die ein Wagniss enthalten und die man unter eine schützende Vertragsfirma unterbringen will, da sie sonst den Verboten der *alea* unterliegen würden, in den Begriff Hoffnungskauf einzuhüllen.

Der besonders für die Lehre vom Spiele bedeutende Spanier Pantoia de Aiala[47]) geht noch weiter als Scaccia. Er

[45]) Welche Wirkung man dem Wagnisse zuertheilte, zeigt eine Ausführung des berühmten Moralisten Azorius *l. c. lib. VIII, cap. X.* Es wird als giltig bewiesen, dass Jemand ein Forderungsrecht, das ein anderer auf 100 besitzt, für 95 kaufe, ohne sich dem Vorwurfe der *usura* auszusetzen. Denn bei diesem Kaufe gilt: *melior est res ipsa quam spes eius adipiscendae.* Der geringere Preis ist dadurch gerechtfertigt, *quod ius et actio natura sua videtur semper periculis obiecta ob casus fortuitos qui in rebus humanis contingunt.*

[46]) *Tractatus de commerciis et cambio §. 1, qu. 1, nr. 126.*

[47]) Er schrieb den oben citirten Tractat um 1621. Aiala hat in Toledo

wirft die Frage auf: *an possit lusor, antequam aleam in alveum mittat, eius sortem seu iactum vendere, sicut potest vendi retis iactus et captus piscium.*[48]) Er bejaht dieses mit Berufung auf die bekannte Digestenstelle und auf Aegidius Bossius.[49]) Aiala stellt also Spiel und die *emptio spei* auf eine Stufe bezüglich des Wagnisses, dem sich die Contrahenten unterwerfen und welches den Inhalt des Vertrages bildet. *Spes* und *alea* gelten ihm als gleichbedeutend. Er fügt daher auch hinzu, dass dieser Kauf giltig sei: *etiamsi nullum lucrum ex aleae iactu emergat, quia spes emitur, ut Consultus ait.*

Der Canonist Christophorus Haunold[50]) zieht dieselbe Parallele mit den Worten: *quando vero venditur iactus retis venditio est absoluta quia venditur spes et committitur eventus fortunae sicut in ludo et etiamsi nihil capiatur pretium debetur.*

Es ist begreiflich, dass, sobald die aleatorische Natur der *emptio spei* erkannt und ausgesprochen wurde, sich auch Zweifel über die rechtliche Billigung dieses Kaufes geltend machten. Daher unterschied man schon früh, wie oben bezüglich Gonzalez Tellez ausgeführt wurde, eine juristisch zu billigende und eine nicht zu billigende *spes.*[51]) Besonders lehrreich ist hierfür die Darstellung des angesehenen Canonisten Franciscus Zech, welcher als Vertragskategorie die „*contractus qui aleam continent*“ aufstellt und hierzu in erster Linie die *emptio spei* zählt.[52])

Nach alledem muss es auffallen, dass die canonistische Lehre trotz der Erkenntniss der gewagten Natur unseres

---

das römische Recht und in Salamanca das canonische Recht studirt. Sein Tractat wird durch den Einfluss der canonischen Anschauung beherrscht.

[48]) l. c. pag. 1055, Nr. 15.

[49]) *pract. crim. tit. de remiss. merced. num. 10: quando iactus aleae venditur, non ius sed commoditas* (Gewinnchance) *venditur.*

[50]) *Controversiarum de iustitia et iure privatorum tom. IV, tract. X, cap. I, contr. 14.*

[51]) Vgl. auch die Ausführungen Mantica's, dass dieser Vertrag nicht *foeneratitius* sei. *l. c. lib. IV, tit. 18, nr. 14* und *lib. VIII, tit. 21, nr. 3: care omni foeneris suspicione.*

[52]) *l. c. §. 136: honestatem naturalem saepe non servat haec emptio spei; cum enim plerumque id, cuius acquirendi spes emitur, mox iusto pretio emi possit, intervenire solet vel solus animus lucrandi vel temeritas, quae vitia naturaliter inficiunt contractum. Si honesta quaeritur animi relaxatio habebit rationem contractus lusorii.*

Vertrages immer davon spricht, dass *alea* „gekauft“ wird, und zwar umsomehr, als die dem Kaufe eigenthümlichen Regeln als solche nicht zur Anwendung kommen. Im Gegentheil ist man darüber einig: dass hier ein Essentiale des Kaufes, die Waare, fehlen kann; dass die Evictionsleistung, welche dem Kaufe charakteristisch ist, fortfällt; dass der Grundsatz der *laesio enormis* nicht zur Anwendung kommt. [53])

Der Grund ist jedenfalls in dem engen Anschlusse an die römischen Quellenausdrücke zu finden. Doch ist festzuhalten, dass hier, wie im römischen Rechte, das Wort *spei emptio* nur selten und nur nebensächlich gebraucht wird, und dass die Betonung immer darauf liegt, dass es sich um ein aleatorisches Geschäft handelt. Am allerwenigsten aber hat die canonistische Lehre eine Vertragskategorie „Hoffnungskauf“ aufgestellt, um unter diese nach Gutdünken gewagte Geschäfte unterzubringen.

§. 4. *c)* Die gemeinrechtliche Doctrin in Frankreich, Belgien und besonders in Deutschland.

Der dritte Abschnitt der geschichtlichen Untersuchung zeigt die systematische Durchbildung des Kaufes gehoffter Sachen und die Vorbereitung zur Ausbildung des modernen Begriffes des Hoffnungskaufes. Weil es die Systematik verlangt, schafft die Doctrin für die beiden hier in Rede stehenden Arten des Kaufes technische Ausdrücke. Die Bezeichnung *emptio spei*, die bisher nur selten und nur neben verschiedenen anderen Ausdrücken angewandt wurde, wird zur technischen und alleinigen für den Kauf, bei welchem die Leistungspflicht des Verkäufers von einem ungewissen Zufall abhängt und eventuell ausfallen kann. Demgegenüber gibt man die bisher allein im Anschluss an die Quellen gebrauchte Bezeichnung *emptio fructuum* oder *emptio rerum futurarum* auf und formulirt den *terminus technicus: emptio rei speratae*. Soweit abzusehen, ist Samuel Stryk (1640

[53]) Alle oben angeführten Autoren stimmen hierin überein. Ueber die letztere Regel vgl. ferner Vincentius Cabotius: *disputationum lib. II, cap. 24 (thesaurus Meermann, IV. fol., 586 ff.) cum periculum pecuniae subeat, qui spem emit, ut in proposito casu, si iactato reti nihil piscium extractum fuerit, venditor nihilominus pretium consequitur: aequum est etiam, ut si plus piscium extractum fuerit vel extrahi potuerit, quam est duplum pretii, id omne emptor — consequatur.*

bis 1710) der Erste, welcher diese Wortbildung vollzog.[54]) Nach ihm ist sie bis heute die allgemein übliche geblieben.

A. Die emptio rei speratae.[55]) Eine vorzügliche und streng quellenmässige Darlegung über diesen Kauf gibt Jacobus Cuiacius.[56]) Bei jedem Kaufe muss eine Waare vorhanden sein. Daher kann es Bedenken erregen, ob der Kauf von künftigen Früchten und Geburten nicht jenem Axiom widerstreitet. „*Videbatur enim res nulla subesse, quoniam hae res nondum sunt in rerum natura, sed sperantur tantummodo. Responsum tamen est, valere hanc emptionem quia conditionalis est; inest enim tacita haec conditio, si fructus nascantur aut partus.*" Dieselbe Bedingung findet bei der Stipulation wie beim Pfandrechte Anwendung. Dieser Kauf steht also in keinerlei Gegensatz zu den Regeln des gewöhnlichen Kaufvertrages. Das Eigenartige beruht lediglich darin, dass die Waare beim Vertragsabschlusse noch nicht vorliegt, sondern erst producirt werden soll. Eine Ausnahme vom regelmässigen Kaufe tritt erst ein, wenn *spes* das Object beeinflusst.

Wie wir bereits oben[57]) ausführten, müssen wir diese Auslegung als die allein richtige ansehen. Es liegt durchaus kein Bedürfniss vor, eine eigene Vertragskategorie als *e. rei speratae* zu bilden, und der Gegensatz zur *e. spei* ist nicht in dieser Sonderart des Kaufes, sondern in dem regelmässigen Kaufvertrage überhaupt zu suchen.

Cuias hat keine Nachfolger in seiner Lehre gefunden. Die Doctrin schliesst sich nicht an die Quellen des römischen Rechtes an, sondern an die Lehre der Canonisten. Wie diese unterscheidet sie als Gesammtkategorie im Gegensatze zu dem gewöhnlichen Kaufgeschäfte den Kauf zukünftiger Dinge und dieser Kauf wiederum wird danach geschieden:

1. ob das Kaufobject nach dem gewöhnlichen Laufe der natürlichen Ereignisse zu erwarten war: *e. rei speratae;* oder

---

[54]) Leonardus Lessius (s. o. Anm.[44]) spricht allerdings schon von dem Kaufe der *pensiones speratae;* doch bildet er hiermit keine allgemeine Kategorie gegenüber der *emptio spei.*

[55]) Ich wende diesen Ausdruck, obwohl er, wie erwähnt, erst in der zweiten Hälfte dieser Periode allgemein üblich wurde, der Einfachheit und Uebersicht wegen für die ganze Periode an.

[56]) *Opera postuma tom. IV. in tit. Dig. 18, 1, l. 8.*

[57]) s. o. §. 1, Anm. 3.

2. ob dessen Existenz vom Zufall abhängen soll: *e. spei.*[58]) Auch bezüglich der weiteren Regeln über die *e. rei speratae* ist es die Lehre der Canonisten, welche massgebenden Einfluss ausübt.

Im Speciellen wird die *e. rei speratae* ohne Ausnahme als derart bedingter Kauf dargestellt[59]), dass, wenn nichts wächst, der Käufer auch nichts zu bezahlen braucht. Einige, wie Lauterbach und Cocceii scheinen sich hierbei der Ansicht des Cuias zu nähern und betonen, dass „*ipsa res*" gekauft sei und nicht blos die Hoffnung auf eine solche. Jedoch halten sie in diesem Anlaufe inne und folgen der gemeinen Lehre, indem sie besonders auch von dem Gegensatze der *e. rei speratae* zu dem gewöhnlichen Kaufe ausgehen.

Es wird ferner anerkannt, dass auch beim Kaufe der Früchte lediglich *spes* gekauft werden kann. Besonders Pantzschmann hat sich mit der Frage, welche Arten des Fruchtkaufes es gibt und welche Kaufart in jedem Falle vorliegt, aufs Eingehendste beschäftigt. Es kommt hierbei unter fortwährender Polemik gegen Bartolus zu dem Resultate, dass nicht die

---

[58]) So besonders: Hieronymus Pantzschmann in sehr ausführlicher Darstellung: *quaestionum practicarum liber primus, quaestio 17, nr. 83: in emptione fructuum contrahentes respiciunt ad fructus, qui communiter nasci consueverunt atque etiam eo respectu condignum pretium constituerunt.* Diesem wird gegenübergestellt der Kauf über *res, quae per naturam certi essendi principia non habent,* als deren Beispiele *fortuna* und *alea* angeführt werden. Vgl. auch Nr. 53. Georgius Frantzkius: *Commentarius in viginti et unum libros Pandect. lib. 18, tit. 1, nr. 115, 116.* — Wolfgang Adam Lauterbach: *colleg. pandect. tom. I, lib. 18, tit. 1, nr. 29: in fructibus et similibus vere ac naturaliter futuris — sub tacita illa conditione, si nati fuerint, emptio venditio facta censetur: in reliquis vero, quae apparenter et ratione contrahentium tantum futurae dicuntur, ipsa potius spes empta creditur.* — Samuel Stryk: *de cautelis contractuum sect. II, cap. VIII, §. 10: emptio rei speratae est, quando illud, quod ex naturali ordine certo tempore existere solet alteri venditur.*

[59]) Vgl. Pantzschmann, Frantzkius, Lauterbach, Stryk an den in der vorigen Note citirten Orten. Ferner: Benedict Carpzov: *definitiones forenses, pars II, const. 37, def. 25;* Georg Adam Struve: *syntagma iuris civilis, exercit. 23, lib. 18, tit. 1, nr. 26.* — Samuel de Cocceii: *ius civile controversum lib. 18, tit. 1, qu. 6.* Aus der französischen Schule: Andreas Alciat: *comment. in ff. tit. de verb. signif. §. sacram nr. 13*; Cuiacius *l. c.*; Anton Faber, *codex Fabianus*; *definitionum forensium lib. IV, tit. 42, defin. 26.* Aus der belgischen Schule: Heinrich Zoesius: *Comment. ad Dig. lib. 18 tit. 1, nr. 24.*

Worte des Vertrages dessen Wirkung entscheiden, sondern der Wille der Parteien, der sich besonders aus der Natur des gewählten Kaufobjectes ergibt.[60]) Er steht also auf dem canonistischen Standpunkte. In gleicher Weise urtheilt Stryk[61]) mit besonderer Bezugnahme auf Molina.

Carpzov und Struve schliessen sich mehr an Bartolus an, indem sie wie dieser behaupten: *si perceptio fructuum ex certo fundo vendatur — emptio pura est et alea potius quam res aliqua certa empta intellegitur.*[62])

Uebereinstimmung herrscht darüber, dass der Käufer alle Gefahr zu tragen hat und den Preis zahlen muss auch beim völligen Ausfalle der Ernte: wenn „*frumenta in herbis*" gekauft waren.[63])

Bemerkenswerth ist für diese Periode die eingehende Untersuchung der wichtigen Frage: wie es mit der Giltigkeit der *e. rei speratae* zu halten sei, wenn nur ein Theil des erwarteten Fruchtertrages wächst. Welche Rechtsfolgen eintreten sollen, wenn alles oder nichts wächst, darüber war auch schon die frühere Theorie einig. Die Entscheidung des in der Mitte liegenden Falles wurde dagegen nur von einzelnen Commentatoren, und zwar ohne nähere Begründung und Ausführung, gegeben.

Ueber diese Frage bringt Pantzschmann eine ausführliche Abhandlung. Er deducirt also[64]): Es kommt bei der *e. rei speratae* darauf an, dass ein Kaufobject vorhanden ist; von der Entstehung desselben ist die Giltigkeit des Kaufes abhängig. Ein Object liegt nun vor, auch wenn nur wenige Früchte gewachsen sind. Und somit ist in diesem Falle die Bedingung des Kaufes erfüllt, er ist giltig; *id quod plus vel minus natum sit, emptionis contractum invalidum non reddit.* Eine andere Frage ist es freilich, ob auch bei dem geringen Ertrage der ganze Kaufpreis bezahlt werden muss. Pantzschmann kommt nach längeren Ausführungen zu dem Schlusse, dass der Käufer, wenn er so wenig Früchte erlangt hat, dass nicht

[60]) Pantzschmann l. c. Nr. 84, 112.

[61]) *l. c. §. 12: in re naturaliter futura praesumi venditionem conditionatam.*

[62]) Carpzov l. c.

[63]) Vgl. Pantzschmann Nr. 78, Struve, Stryk, Cocceii l. c.

[64]) l. c. Nr. 113—124.

die Hälfte seiner Zahlung nach gerechter Preisansetzung durch diese gedeckt wird: wegen übermässiger Verletzung das *beneficium* der *lex 2 Cod. de rescind. vend. 4, 44* beanspruchen kann, nämlich entweder *rescissio contractus* oder *iustum supplementum.*

Die spätere Lehre ist im Principe mit Pantzschmann darin einig, dass das grössere oder geringere Mass des Fruchtertrages keinen Einfluss übt auf die Giltigkeit des Kaufes. Dagegen stellt sie den weiteren Grundsatz auf, dass auch die Höhe des zu zahlenden Kaufpreises nicht alterirt wird durch den grösseren oder geringeren Fruchtertrag.[65])

Durch die Annahme dieses letzteren Grundsatzes wird der *e. rei speratae* ein wesentliches aleatorisches Moment beigefügt, welches der principiellen Stellung, die man diesem Kaufe im Gegensatze zur *e. spei* gab, erheblich widerstreitet. Wenn einmal hier die sicher erwartete *res* selbst gekauft sein und deren Existenz den Bestand des Kaufes bedingen soll, dann kann nicht der zufällige Umfang des Ertrages und der theilweise Ausfall des Kaufobjectes gleichgiltig sein für die Wirkung des Vertrages und die Erfüllungspflicht des Käufers: die Leistungen beider Contrahenten müssen dann in synallagmatischer Beziehung stehen und nur, was geliefert wird, muss bezahlt werden. Nimmt man aber obige Bestimmung an, so zerstört man den Gegensatz zur *e. spei*: man wendet deren Grundsätze auf die *e. rei speratae* an. Denn die schwache Grenzlinie zwischen wenig und nichts kann als genügendes Unterscheidungsmerkmal nicht anerkannt werden.

Die Ursache dieser Inconsequenzen liegt darin, dass man mit dem Verlassen der einfachen Grundsätze der römischen Quellen den sicheren Boden verloren hatte und nun von willkürlichen Constructionen sich leiten liess.

---

[65]) So Gabriel Mudaeus: *Comment. ad tit. Dig. de contr. empt. l. 8, nr. 4.* Ferner Lauterbach l. c. Nr. 26: *si vero nati fuerint fructus quamvis tenues — subsistit emptio et totum pretium debetur, quia per aversionem contraxerunt.* Ebenso Struve: der ganze Preis muss bezahlt werden, auch wenn nur wenig Früchte wachsen. Ein Nachlass wegen der Unfruchtbarkeit ist nicht zu gewähren. — Stryk: *quod si vero aliqui fructus nati fuerint, quamvis admodum rari, sustinetur contractus et emptor ad integrum pretium obligatur.* Cocceii: *totum pretium non aliter debetur quam si aliquid natum est.*

B. Die emptio spei. Das römische Recht und die bisher besprochenen Perioden haben bei diesem Kaufe als das Wesentliche und Eigenthümliche stets betont, dass hier ein Kauf *sine re* vorliegen kann, indem das Wagniss, dem sich die Parteien unterwerfen, den Wegfall des bezahlten Objectes rechtfertigt. Um das Wagniss zu charakterisiren, gebrauchte man neben *emptio aleae* auch den Ausdruck *emptio spei:* es sei eben auf ungewisse Hoffnung hin pactirt worden, deshalb könne sich der Käufer nicht beklagen, wenn diese Hoffnung ausfalle.

Die gegenwärtige Periode begnügt sich hiermit nicht. Dass in Wirklichkeit ein aleatorischer Vertrag vorliegt, wird bei den Bedenken, die man gegen Alles hegt, was mit *alea* oder Spiel zusammenhängt, zurückgedrängt und nur wenige Autoren sprechen noch die Thatsache aus, dass bei dem vorliegenden Kaufe *alea* herrscht. [66])

Die französische Schule berührt die aleatorische Natur dieses Kaufes; in der deutschen und holländischen Lehre ist dagegen allgemein der Sprachgebrauch angenommen, dass der Vertrag über die Hoffnung abgeschlossen wird. Man erklärt, dass die Hoffnung bei dem Kaufe *loco rei*, *loco mercis*, *loco materiae* ist; ja dass *spes vice rei fungatur.* [67])

---

[66]) So Benedict Carpzov: *definitiones forenses pars II, const. 37, def. 25 alia sane causa est, si perceptio fructuum ex certo fundo vendatur, haec enim emptio pura est et alea potius quam res aliqua certa empta intellegitur.* — Gerardus Noodt: *opera omnia tom. II, comm. ad lib. 18, tit. 1. Dig. causa dubitandi, an sit merx. quid enim emitur et venditur nisi alea?* Aehnlich auch Joh. a Sande: *decisiones aureae s. rerum in supr. Frisiorum curia iud. l. III tit. IV, def. 16 ratione incertitudinis licitum est quod alias in casu certo esset illicitum et multa propter dubium eventum valent, quae alioquin non valerent.* Ebenso Müller ad Struvium: *syntagma iuris civilis exercit 23, lib. 18, tit. 1, nr. 26.*

[67]) I. Franciscus Duarenus: *Comm. in lib. 18, tit. 1 Dig., cap. II, cum quis emit iactum rethis spes loco rei est — emit spem meram.* — Jacobus Cuiacius: *opera postuma tom. IV in tit. 1 de act. empt. lib. 19 Dig. lex 11 id agitur in his negotiis contrahendis non ut res certa veneat sed ut spes tantum utique spes ut alea — ut incertum rei, hoc est alea sit loco mercis.* — Hugo Donellus: *Comm. de iure civili lib. 13, cap. 1: si nihil capitur ipse emit aleam, id est spem incertam, pro qua nihilominus pretium constitutum praestare cogitur.* — II. U. Zasius: *opera omnia tom. I, lib. 9, tit. 2 potes tamen spes futuri eventus emi et vendi.* — Geo. Frantzkius: *Comm. in Pandect. lib. 18, tit. 1, nr. 118: quia in effectu ipsa spes loco rei, quae per naturam iam existit et emptionem sustinet, empta est.* — Joh. Brunnemann:

Gleichwohl sind diese Ausdrücke nicht dahin zu verstehen, dass die Hoffnung selbst das Object des Kaufes in der Art bildet, dass in Wirklichkeit der Kauf gar nicht ohne Object ist, noch war, wenn auch der Erfolg ausfällt. Die Ausbildung dieser — späteren — Lehre ist aber jedenfalls ermöglicht und angeregt durch die gemeinrechtliche Auffassung.

Wenn auf der einen Seite der Käufer sich damit begnügen muss, dass er für den gezahlten Preis nichts erhält, so kann er andererseits verlangen, dass der ganze vom Zufall gebrachte oder erhoffte Betrag ihm ausgehändigt werde. Der Verkäufer muss ihn herausgeben, wenn dieser auch noch so gross ist, und er hat kein Recht, den Vertrag wegen übermässiger Verletzung anzufechten.[68])

Aber der Käufer kann nur dasjenige verlangen, was im Kaufvertrage als Object genannt ist.[69]) Wenn durch besondere Zufälle bei dem Fischfange ein anderes Object miterlangt wird, so hat er keinen Anspruch darauf.

Der Satz der Quellen, dass der Verkäufer bei *e. spei* nicht für Eviction haftet, wird nur selten hervorgehoben.[70])

Comm. in Cod. lib. 3, tit. 53 lex 8: quia etiam vendi talis spes potest — spem actionis probabilem cedi et donari posse. — Wolf. A. Lauterbach: *Colleg. pandect. tom. I, lib. 18, tit. 1, nr. 27: spes fortunae est empta.* — Sam. Pufendorf: *de iure nat. et gent. lib. V, cap. 5, §. 6 non certa res, sed probabilis tantum spes emitur.* — Sam. Stryk: *de cautelis contr. sect. 2, cap. 8, §. 9: est enim hic spes vel alea loco rei venditae.* — Sam. de Cocceii: *ius civ. contr. l. 18, tit. 1, qu. 6: sola spes emitur.* — III. Henr. Zoesius: *Comm. ad Dig. lib. 18, tit. 1, nr. 24: quia spes est loco materiae pretioque emi potest et quasi alea censetur empta.* — Joh. Voet: *Comm. ad Pandect. l. 18, tit. 1, nr. 13: spes emta est. nam et spem, aleam, iactum retis emi posse placuit, ut spes fungatur vice rei.*

[68]) Der Ausschluss der Anfechtung des Kaufes wegen *laesio enormis* ist allgemein anerkannt. So Donellus l. c.: *in quo genere quod capitur emptoris commodum est, etiamsi decuplo pluris sit quam pretium constitutum.* Ebenso Struve: *syntagma iuris civilis exerc. 23, l. 18, t. 1, nr. 26: etiamsi captum decuplo excedat pretium nihilominus praestare venditor cogitur.* Ferner: Frantzkius, Lauterbach, Pantzschmann Nr. 97, 123, Stryk, Sande an den cit. Stellen. Dass der Vertrag durch jene Regel auch für den Verkäufer ein aleatorischer wird, ist von den Autoren nicht beachtet.

[69]) Vgl. Frantzkius Nr. 121, Lauterbach Nr. 27, Cocceii qu. 7, Zoes Nr. 26 l. c., Gabriel Vallius: *ad legem unic. Cod. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur nr. 6.*

[70]) So bei Noodt *l. c. tu puta esse actum, ut habeat emptor captum.*

Viele Schwierigkeiten endlich bereitet die Frage, wie hoch und nach welchem Massstabe die *spes* abzuschätzen sei, wenn es sich um Fixirung der Höhe des Schadensersatzes handelt, den der Verkäufer leisten muss, weil er sich z. B. weigert, den Fischzug vorzunehmen.[71] Als massgebend erscheint der allgemeine Kaufwerth eines Fischzuges unter Berücksichtigung der Zeit des Vertrages und der besonderen örtlichen Verhältnisse, z. B. der *piscaria copia loci.*

Bei der Besprechung dieser Periode sind schliesslich noch eine Anzahl Dissertationen über *e. spei* und *rei speratae* zu erwähnen. Die Mehrzahl derselben bietet so wenig juristisch brauchbare Ausführungen, dass man auf die Erwähnung derselben füglich verzichten könnte.[72] Nur insofern sind sie zu beachten, als sie zeigen, wohin die Doctrin gelangt, wenn sie den Begriff Hoffnung zu einem juristischen gestalten und als rechtlich brauchbaren verwenden will. In streng methodischer Weise geht man von dem Begriffe der Hoffnung selbst aus und unterscheidet diese nach objectiver und subjectiver Beziehung und untersucht, ob ihre Qualität in diesem oder in jenem Falle grössere Sicherheit verspricht, und prüft, ob sie auch rechtlich zu billigen sei. Dann kommt man zur Anwendung der Hoffnung bei den einzelnen Rechtsgeschäften. Ein unendliches Feld eröffnet sich für die Casuistik. Die zahlreiche Literatur bezeugt, dass es ausgebeutet wurde. Jeder Vertrag, jedes Rechtsgeschäft wird auf seine Hoffnungsfähigkeit geprüft.

---

at captum intellegitur, quod potest retineri nam si nequit retineri, non videtur captum, quia non est cum effectu captum ergo si quid evictum sit quia non intellegitur captum, non tenetur venditor evictionis nomine. Ferner: Cuias *l. c. tit. 1: de act. empt. lib. 19, Dig. lex 11, §. ult.*

[71]) Vgl. Pantzschmann l. c. Nr. 123, Frantzkius l. c., Vallius l. c. Am eingehendsten Cuias *l. c. lex 12.*

[72]) Dahin gehören die zum Theil oft citirten *Diss.*: Joh. Brunnemann *praes.* Chr. Ideler: *de spe 1659.* 2. Aufl. 1675. Adrian Beier: *disqu. leg. de spe 1661.* Mauritius Christ. Arnold *praes.* Goclenius: *discurs. iur. de spe 1686.* Bartholomäus Stoer *praes.* Müller: *de re sperata 1692.* Joh. Jac. Suppius *praes.* Chr. Wildvogel: *de fallacia spei 1708.* Georg Fürbringer *praes.* Stryk: *de empt. spei 1714* u. *1742.* Nicht zu Gebote standen die von Glück, Comm. Bd. 4, §. 303, A. 6 genannten *Diss.*: Willenberg: *diss. de spe vendita.* Henr. Melch. Schütte: *diss. de eo quod iustum est circa venditionem rerum futuraruum 1743.* Linck: *diss. de differ. spei et r. sper.*

Keines wird geschont. Denn wo fängt Hoffnung an, wo hört sie auf. Sie ist bei Gott, beim Testamente, bei Tod und Geburt, bei Thronfolge und Häringskauf, beim geistlichen *beneficium* und Heiratsversprechen.

Im Gegensatze hierzu können die von Weidmann, Baudiss, Warner und Rheden verfassten Dissertationen als juristisch brauchbare hervorgehoben werden.[73]) Die genannten Autoren stimmen in ihren Ansichten im Wesentlichen mit der besprochenen gemeinrechtlichen Lehre überein. Doch zeigt sich bei genauerer Untersuchung, dass trotz der vielfachen Versuche die Begriffe der *e. spei* und *rei speratae* keineswegs klar und unbestritten festgestellt sind. Besonders bei der principiellen Scheidung der beiden Verträge offenbart sich eine Unklarheit, welche sich bis in die neueste Zeit erhalten hat.

So schliesst sich Weidmann, *thes. 6*, nach Erörterung und Verwerfung der Ansicht Pantzschmann's der Lehre des Bartolus in Betreff der Frage an, wann beim Fruchtkaufe *res* und wann nur der unsichere Gewinn gekauft sei. Baudiss dagegen hält die canonistische Doctrin aufrecht: *emptio rei speratae est, quando id quod ex ordine naturali certo tempore solet existere, venditur alteri.* Hiergegen wiederum wendet sich Rheden und führt aus, dass es nicht im Mindesten darauf ankommt, ob das Object durch den natürlichen Verlauf der Dinge oder durch zufällige Ereignisse entstehen wird: sondern nur darauf, ob beim Vertrage die Sache selbst oder nur der blosse Act ihrer Beschaffung — *actus capiendi vel percipiendi* — als verkauft bezeichnet wird.

Andererseits sind die genannten Schriftsteller einig, dass die *e. rei speratae* ein bedingter Kauf ist[74]) und ferner, dass die Bedingung erfüllt wird, wenn überhaupt etwas wächst. Sie betonen, dass auch für den geringsten Ernteertrag die ganze Summe zu bezahlen ist.[75])

---

[73]) Geo. Heinr. Weidmann: *diss. de emptione spei 1678.* Leon. Baudiss: *iustitia emptionis aleae 1685.* Jac. Warner: *de empt. aleae 1704.* Wolpmann *praes.* Casp. a Rheden: *de empt. spei et rei speratae 1712.*

[74]) Baudiss l. c. Cap. I, Nr. 5: führt aus, dass hier eine Rechtsfiction eingeführt sei: *inducit enim ius ibi iam tempore contractus aliquid esse, quod tamen longo post eum tempore demum existit — et cum quid natum est aut captum, id praesens iam tempore contractus fuisse, lex fingit.* S. oben §. 1.

[75]) cfr. Weidmann *thes. 17,* Baudiss *cap. 2, nr. 1.*

Bezüglich der *e. spei* halten Weidmann[76]) und Rheden[77]) an dem gemeinrechtlichen Grundsatze fest, dass die Hoffnung den Inhalt und Gegenstand des Vertrages bildet. Baudiss und Warner dagegen schwanken in ihren Ansichten. Beide betonen zuerst, dass lediglich ein aleatorisches Geschäft vorliege und der Ausdruck *spes* nichts weiter besage, als dass die Leistung des einen Contrahenten vom Zufalle abhängig gemacht worden sei.[78]) Später aber erkennen sie an, dass doch die Hoffnung *loco rei venditae* oder *loco mercis* ist.[79])

Erwähnenswerth ist noch die Ausdehnung, welche man der *e. spei* auf andere Contracte gibt.

Allgemein wird der Kauf einer erwarteten Erbschaft als *e. spei* bezeichnet. Ferner der *contractus vitalicius s. emptio redituum ad vitam; olla fortunae; foenus nauticum; emptio metallifodinarum; venditio perceptionis Gabellarum; auctio.*[80])

Die dogmatisch-geschichtliche Entwickelung der *emptio spei* steht im engsten Zusammenhange mit der Lehre vom Spiel und Wette. Die Klaglosigkeit und die strengen Verbote des römischen Rechtes gegen Spiel und spielartige Verträge, die schliesslich die meisten aleatorischen Geschäfte als bedenklich erscheinen liessen, traten in immer grösseren Gegensatz zu den Bedürfnissen des Verkehres, der in immer ausgedehnterem Masse die sog. aleatorischen Verträge benutzte und deren vollkommenen rechtsgiltigen Bestand erstreben musste.

Unter dem Einflusse des kanonischen Rechtes hatte sich eine den Verkehrsinteressen in dieser Beziehung sehr günstige

---

[76]) *l. c. thes. 28: ideoque in illis venditur nuda et sola spes.*

[77]) *membrun IV, §. 1: quoties alea empta, emptio illa pura est ac pretium debetur quia in effectu ipsa spes et alea sunt loco rei venditae, quae per naturam iam existit et emptionem quasi sustinet.*

[78]) Vgl. Baudiss *l. c. Nr. 7: totus enim hic actus anceps et lubricus est, et quid aliud, quam vagantis error fortunae? — Hinc cum captus piscium vel avium vel missilium emitur, alea dicitur emi, quod dubium sit, multum, parum aut nihil pro pretio sis capturus.*

[79]) Baudiss Cap. I, Nr. 7 und Cap. III, Nr. 1; Warner Cap. II, III und Cap. IV.

[80]) Vgl. Baudiss l. c. Cap. III, Nr. 9—15; Warner l. c. Cap. VI; Rheden *l. c. membr. III, §. 6;* Müller *ad* Struvium l. c.; Cocceii l. c. Bezüglich der *olla fortunae*: meine Beiträge zur Geschichte der Lotterie etc. S. 53 ff.

Rechtsanschauung herausgebildet. Theoretisch galten die Regeln des römischen Rechtes fort, aber dem Gewohnheitsrechte wurde bezüglich der Rechtsbeständigkeit der aleatorischen Verträge der weiteste Einfluss und derogirende Kraft zuerkannt.

Eine ganz andere Anschauung vertraten die gemeinrechtlichen deutschen Juristen. Sie hielten unentwegt an den Vorschriften der römischen Quellen fest und traten hierdurch in schroffen Gegensatz zu der Verkehrsübung, welche die mannigfachsten Spielverträge als giltig behandelte, trotz allen theoretischen Widerspruches. In diesem Widerstreite zwischen Lehre und Praxis kam der Begriff *emptio spei* sehr gelegen: denn dieses aleatorische Geschäft war erlaubt und giltig, und es war für einen geschulten Casuisten ein Leichtes, die verschiedenartigsten Spielverträge in diesem Rechtsbegriffe unterzubringen.

So erklärt es sich, dass die weitere Ausbildung des Begriffes der *emptio spei*, die nicht im Bedürfnisse der Canonisten lag, sich erst in der Lehre der gemeinrechtlichen deutschen Juristen vollzog, und dass letztere es waren, welche ein Interesse daran hatten, den Begriff jenes Kaufes möglichst weit zu spannen, um unter ihm die durch die römischen Verbote betroffenen Spielverträge zu sichern.

III. Die Lehre des heutigen Rechtes.

a) Von der *emptio rei speratae*.

§. 5. 1. Die Doctrin und die Particularrechte.

Die Besprechung der heutigen Ansichten und der Particularrechte über den Kauf zukünftiger Dinge ist nun vollends nach der *emptio rei speratae* und *emptio spei* zu trennen. Diese gemeinrechtliche Terminologie ist jetzt so fest begründet, dass man ihren neueren Ursprung vergisst und meist auf das römische Recht als deren Quelle verweist, obwohl dasselbe höchstens den Ausdruck *emptio spei* kannte und von der doctrinellen Auffassung jener beiden Arten des Kaufes, die gegenwärtig herrscht, keine Ahnung hatte.

Ich beginne mit der *emptio rei speratae*. Als deutsche Uebertragung sind die Ausdrücke: Kauf einer gehofften Sache, bedingter Hoffnungskauf u. dgl. üblich.

Uebereinstimmend definirt man die *e. rei speratae* also: „Es liegt ein Kauf vor, bei welchem eine zukünftige Sache unter der stillschweigenden Bedingung ihrer Entstehung gekauft wird.“ Das Kaufobject ist beim Vertragsabschlusse noch nicht vorhanden, aber der Wille der Parteien geht dahin, dass der Kauf nur dann bestehen und der Preis nur dann bezahlt werden soll, wenn die gekaufte Sache entsteht. Somit ist der Kauf ein bedingter.[81])

Trotz der Uebereinstimmung bezüglich des bedingten Charakters des Kaufes, ist es im Uebrigen nicht gelungen, die Natur und Wirkung des Vertrages einheitlich klarzustellen. Die verschiedensten Ansichten treten hierin einander gegenüber.

Die für Aufstellung der obigen Definition unentbehrliche und praktisch wichtigste Frage ist die: worin denn die Bedingung der *e. rei speratae* besteht; vom Eintritte welchen zukünftigen und ungewissen Ereignisses die Parteien die Rechtsbeständigkeit dieses Kaufes abhängig gemacht haben. Ausdrücke wie: „kein Kaufvertrag soll zu Stande kommen, wenn die verkaufte Sache nicht zur Existenz gelangt“[82]), geben hierfür keine ausreichende Auskunft.

1. Die eine der heutigen Meinungen schliesst sich an die oben dargelegte gemeinrechtliche Lehre an. Bedingung ist lediglich, dass überhaupt etwas wächst; sie ist erfüllt und der Kaufpreis muss ganz bezahlt werden, wenn auch nur wenig wächst.[83]) Nur dann also zerfällt der Kauf, wenn überhaupt nichts entstanden ist.

---

[81]) Pothier in *Pandect. Justin. tom I, tit. de contr. empt. l. 8, not. c;* Glück, Comm. der Pand. Bd. IV, §. 303, A. 10; Goeschen, Vorles. über das Civilrecht, Bd. IIb., §. 495, A. 13; Vangerow, Pandecten, Bd. III, §. 632, A. 1; Treitschke, Kaufcontract, §. 14; Hofmann, *periculum* beim Kaufe §. 37; Windscheid, Pandecten, Bd. II, §. 385, A. 5 (für beide Parteien bedingt); Gareis, in Endemann Handbuch des H. R. Bd. II, §. 260, A. 12.

[82]) So Windscheid l. c. und ähnlich Gareis l. c.

[83]) So Glück, Goeschen l. c., Malblank, *principia iuris rom. pars I, §. 281: valeat vero si aliquid existat qualiscunque quantitatis et qualitatis* Mühlenbruch, *doctrina pandect. vol. II, §. 392*, wenigstens dürfte der folgende Ausdruck so zu interpretiren sein: *nisi quandoque res adsit, nullum habitura sit exitum emptio venditio;* Puchta, Pandecten §. 258 und Vorlesungen Bd. II, §. 258, S. 88; Krügelstein, Begrifflicher Unterschied zwischen Spiel und Wette, S. 2.

Vielfach wird dies so bezeichnet: die Quantität und Qualität des Kaufobjectes ist gewagt. Es ist damit richtig ausgesprochen, dass bei der gegebenen Auslegung der Bedingung die *e. rei speratae* als gewagtes Geschäft erscheint. Glück führt dies mit den Worten aus: „es bleibt doch auch dieser Handel in Rücksicht der Gefahr, die dabei abzusehen, gewissermassen ein *pactum aleae.*“ Daher trägt der Käufer den Schaden, wenn wenig wächst, er hat den Gewinn, wenn viel wächst. Ebenso zählen Puchta und Krügelstein die *emptio rei speratae* zu den gewagten Geschäften.

Zwar erscheint es auch bei dieser Art des Kaufes als möglich, dass die Parteien die erwarteten Früchte derart bestimmt zum Gegenstande des Vertrages machen, dass nur diejenigen Früchte, welche wachsen, bezahlt werden sollen und nur im Umfange des Ertrages der Kauf bestehen soll. Es sind aber besondere Clauseln und Nebenberedungen nöthig, um diese Vertragsfolgen herbeizuführen; denn regelmässig ist die *e. rei speratae* in obiger Weise ein gewagter Vertrag. [84])

2. Neben der entwickelten Lehre findet sich die völlig entgegengesetzte Auslegung der *e. rei speratae.* Man erblickt das Wesen derselben darin, dass die zukünftige Sache als bereits existent gedachte das Kaufobject bildet. Die Bedingung — nach der wir hier fragen — ist also von den Contrahenten dahin gestellt, dass, nur wenn diese Gegenstände entstehen und nur soweit sie entstehen, ein Kauf vorliegen soll. Es ist hier also nicht, wie oben, nur das Wachsthum selbst, sondern auch der Umfang desselben als Bedingung gesetzt. Und somit wird der Kauf erst durch die Verwirklichung der gehofften Sache bindend, und nur was entstanden ist, muss der Käufer bezahlen.

Das Wagniss beruht nach dieser letzteren Theorie lediglich in dem Ausfalle der Qualität der erhofften Gegenstände. [85])

---

[84]) So besonders Glück l. c. S. 197—200. Zu demselben Resultate gelangt auch Hofmann: *periculum* beim Kaufe §. 37, nur dass er den letzten Fall als Genuskauf und den obigen als Specieskauf oder eigentliche *e. rei sper.* bezeichnet.

[85]) Die Hauptvertreter dieser Ansicht sind: Unterholzner, Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd. II, Nr. 442; Vangerow, Pandecten l. c. A. I, 1.; Sintenis, Civilrecht, §. 116, A. 33b: „erfolgt (die

Ist demnach der erwartete Ertrag schlecht oder schlechter, als man gehofft hatte, ausgefallen, so kann der Käufer ebensowenig einen Nachlass des Preises verlangen, wie umgekehrt bei besonders gutem Ausfalle der Qualität der Verkäufer eine Erhöhung fordern kann.

Ausser der Frage nach den Rechtswirkungen der *e. rei speratae* und dem Umfange der aus ihrer behaupteten rechtlichen Natur zu folgernden Bedingung musste die Doctrin die weitere und wichtigere beantworten: warum denn überhaupt diesem Kaufe eine solche Bedingung innewohne, warum die Existenz der gehofften Sache zum Bestande des Kaufes unentbehrlich sei. Die Begründung des gegebenen Kaufbegriffes von dieser Seite aus ist aber nur in dürftiger Weise angestrebt worden; sie lässt sich nur entnehmen aus den unterscheidenden Merkmalen, welche für die *e. rei speratae* im Gegensatze zur *e. spei* aufgestellt werden. Es ist klar, dass sich auch bei dieser Frage die oben dargelegte widersprechende Auffassung geltend machen musste. Wenn man mit der oben an erster Stelle erwähnten Meinung die *e. rei speratae* als einen bezüglich der Qualität und Quantität des Objectes gewagten Vertrag bestimmt, so bildet das grössere Wagniss keinen ausreichenden Unterscheidungsgrund für die *e. spei*, bei der das Object ganz ausfallen darf. Es wird daher ein anderweitiger Grund angenommen. Die verschiedenen Rechtsfolgen der beiden gewagten Verträge werden durch die verschiedene Entstehungsart der Kaufobjecte begründet. Bei der *e. spei* beruht das Existentwerden des Gegenstandes auf blossem Glückszufalle; die *e. rei speratae* ist dagegen ein Vertrag über eine Sache, deren Entstehung nach dem regelmässigen Laufe der Natur erwartet wird.[86])

Wir finden somit hier die bereits [87]) von den Canonisten

Verwirklichung der im Werden begriffenen Früchte) nur zum Theil, so wird der Kauf auch nur soweit perfect.“ Dieser Ausspruch geschieht mit Berufung auf Vangerow. Sintenis scheint den Gegensatz dieser Lehre zu der obigen nicht beachtet zu haben, denn im §. 97, A. 71 definirt er unter Berufung auf Glück die *e. rei speratae* also: die Absicht ist dahin gegangen, dass es nicht ganz und gar an einem Kaufobjecte fehlen soll; Treitschke, Kaufcontract §. 13b—15 gibt eine besondere Theorie, ohne die vorliegende Frage zu entscheiden.

[86]) Glück l. c., IV, S. 194; Malblank l. c., S. 451 A. g.

[87]) S. oben §. 3. Text vor Anm. 36.

ausgeführte Theorie wieder; nur ist bezüglich des weiteren Inhaltes des Vertrages die gemeinrechtliche Lehre massgebend gewesen. Es ergibt sich daraus zugleich, dass man die in den Quellen gewählten Beispiele für massgebend hält und daher die *e. rei speratae* mit dem Fruchtkaufe identificirt. Da ferner anzunehmen ist, dass die Parteien eher das Sichere wählen, als dass sie sich dem Zufalle unterwerfen, so ist im Zweifel eine *e. rei speratae* und nicht *e. spei* anzunehmen.

Die zweite der oben angeführten Lehrmeinungen vertritt auch hier den entgegengesetzten Standpunkt. Nach ihr ist es lediglich eine Frage der Interpretation, ob *e. rei speratae* oder *e. spei* vorliegt. Das Kaufobject und dessen Entstehungsart sind völlig irrelevant.[88]) Eine Präsumtion für eine der beiden Kaufarten gibt es nicht.[89])

Bevor wir zu diesen Lehren kritisch Stellung nehmen, sollen die Bestimmungen der wichtigsten Particularrechte zum Vergleiche angeführt werden.[90])

a) Das preussische Landrecht handelt beim Verkaufe zukünftiger Sachen sowohl vom Verkaufe des künftigen Zuwachses nach Zahl, Mass und Gewicht, wie auch vom Kauf einer künftigen Sache in Pausch und Bogen.[91]) Nur die letztere Kaufart kann als *e. rei speratae* hier in Betracht kommen.

Als wesentliche Eigenschaft des Kaufobjectes wird hervorgehoben, dass eine Entstehung nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge erwartet werden kann.[92]) Der Vertrag gilt als gewagtes Geschäft. Gefahr und Vortheil trägt allein der Käufer[93]), jedoch nicht absolut. Gewagt ist für den Käufer die Menge und Güte des Ertrages, er muss den ganzen Kaufpreis bezahlen, auch wenn er wenig und

---

[88]) Unterholzner l.c. Nr. 442; Vangerow l.c. S. 444; Sintenis l. c. §. 97, A. 71 (mit vorsichtigem Ausdrucke).

[89]) Die Vorigen und Treitschke l. c. §. 14.

[90]) Es kann sich hier nur darum handeln, eine kurze Uebersicht zu bieten; auf die Einzelfragen einzugehen würde zu weit führen.

[91]) Theil I, Tit. 11, §. 588—593 und §. 582—587.

[92]) Pr. Landr. l. c. §. 582; Förster, Preuss. Privatrecht, Bd. II, §. 128, A. 94.

[93]) Pr. Landr. l. c. §. 584.

Schlechtes erhält.[94]) Wenn aber die künftige Sache gar nicht zur Wirklichkeit gelangt, so zerfällt der Kauf; der Preis braucht nicht gezahlt zu werden. Insofern ist der vorliegende Hoffnungskauf ein bedingter.[95])

Sobald die gehoffte Sache entstanden ist, muss sie dem Käufer tradirt werden. Mit der Uebergabe ist der Kauf perfect.

Wenn es zweifelhaft ist, ob *e. spei speratae* oder *e. spei spei* beobsichtigt wurde, so spricht die Vermuthung für die erstere.[96])

Die besondere Form, welche §. 583 für diesen Kauf vorschrieb, ist jetzt beseitigt.[97])

Das preussische Landrecht wird somit bezüglich der *e. rei speratae* völlig beherrscht von den Lehren der canonistischen und gemeinrechtlichen Schule.

b) Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen §. 1083 bestimmt: ist eine künftige Sache, welche nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zum Dasein gelangt, Gegenstand eines Kaufes, so hängt derselbe im Zweifel von der aufschiebenden Bedingung ab, dass die Sache zum Dasein kommt.

Es wird also lediglich eine Interpretationsregel gegeben, die sich auf dieselben Erwägungen stützen muss, wie wir sie bei den Canonisten fanden. Die Motive bemerken ausdrücklich, dass jene Vermuthung nur gilt, wenn nichts anderes von den Parteien vereinbart ist. Trotz des Anschlusses an die ältere Lehre wird man kaum in dem Gesetze die Aufstellung einer besonderen Vertragskategorie als *e. rei speratae* finden können, da im Uebrigen jede weitere Bestimmung über Begriff und besondere Folgen derselben fehlt.[98]) So lange die

---

[94]) Förster l. c. A. 131; Gruchot, Beiträge, Bd. XII, S. 420, A. 3.

[95]) Pr. Landr. §. 587; Förster l. c. A. 97, 133; Gruchot l. c. S. 421; Koch, Lehrbuch des preuss. gem. Privatrechts, Bd. II, §. 677; Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts, Bd. II, §. 134; 2. Aufl. S. 331.

[96]) Förster l. c. A. 98; Koch l. c. §. 674, III, 2; Gruchot l. c. S. 177, A. 1. (Suarez, *revisio monit.*) Dagegen, bezüglich der neueren Ansicht: Dernburg l. c. A. 10.

[97]) Ges. vom 11. Juni 1845. Förster l. c. A. 140; Koch, Comm. zum pr. Landr., Bd. I, Tit. 11, §. 583, S. 761. 7. Aufl.

[98]) Pöschmann in Bd. II des Commentares von Siebenhaar behauptet allerdings, dass in §. 1083 die Scheidung *in e. rei sper.* und *e. spei*

Bedingung schwebt, trägt der Verkäufer die Gefahr des Unterganges und der Käufer die Gefahr der zufälligen Verschlechterung.[99])

c) Das bürgerliche Gesetzbuch für die österreichische Monarchie §§. 1275, 1276 stellt als Unterscheidungsprincip die Art der Preisfeststellung auf. Während ein Glücksvertrag vorliegt, wenn eine künftige Nutzung in Pausch und Bogen für einen Preis gekauft wird, heisst es: wer für ein bestimmtes Mass von einem künftigen Erträgnisse einen verhältnissmässigen Preis verspricht, schliesst einen ordentlichen Kauf ab.

Dieser Kauf ist ein gewöhnlicher, durch das Entstehen des Ertrages bedingter.[100])

Die gegebene gesetzliche Regel wiederholt einen anerkannten Grundsatz, den wir mehrfach oben vorfanden. Im Weiteren aber hat das Gesetz die Lehre über *e. rei speratae* völlig unberücksichtigt gelassen und damit zu erkennen gegeben, dass diese praktisch mindestens überflüssig sei.

Auch das französische Recht verwirft die Aufstellung eines besonderen Vertragsbegriffes als *e. rei speratae*. C. c. Art. 1130 erklärt lediglich: *les choses futures peuvent être l'object d'une obligation*. Ausnahmen werden nur bezüglich der noch nicht eröffneten Erbschaft, bei Schenkungen und bei der Hypothekenbestellung gemacht. Art. 1130 Abs. 2, 791, 943, 1600, 2129. Besondere Regeln werden über diesen Vertrag oder den Kauf künftiger Sachen nirgends aufgestellt.[101])

Am entschiedensten spricht sich das bairische Landrecht gegen jede Unterscheidung der *e. rei speratae* und *e. spei* aus.[102]) Die zukünftige und gehoffte Sache mag beschaffen

---

aufrecht erhalten sei. Da aber ausser der obigen Auslegungsregel keine weiteren Bestimmungen und Regeln der *e. rei sper.* sich finden, so scheint dieser Ausdruck hier nicht geeignet; und zwar umsomehr, als die Folgen des Vertrages, wie auch Pöschmann anführt, sich lediglich nach den gewöhnlichen Regeln des bedingten Kaufes bestimmen. Das Gesetz sagt nichts weiter, als dass ein bedingter Kauf in *dubio* vorliegt: wozu also einen besonderen Namen für dieses durch nichts aussergewöhnliche Geschäft?

[99]) Bürgerl. Ges.-Buch, §. 873.

[100]) Zeiller, Comm. Bd. III zu §. 1275.

[101]) Vgl. Zachariä, Handbuch des französ. Civilr., Bd. II, §. 345, A. 1 und die daselbst citirten Autoren.

[102]) *Cod. Max. Bav. civ. pars IV, cap. IV, §. 4;* vgl. besonders die An-

sein, wie sie will: immer bleibt der Kauf giltig, es mag viel, wenig oder nichts sich ergeben. Eine *querela laesionis enormis* wird in keinem Falle gewährt. Eine Ausnahme wird nur begründet durch besondere Nebenberedung oder durch Verschulden des Verkäufers. Näher einzugehen auf diese Bestimmungen ist unten bei der *e. spei* der Platz.[103])

§. 6. 2. Kritik des Begriffes der *emptio rei speratae*.

Ueberblicken wir den Weg, den die Lehre über den Kauf gehoffter Sachen vom römischen Rechte bis zur Anschauung der Neuzeit zurückgelegt hat, so ergibt sich das immer deutlicher hervortretende Bestreben, aus diesem Kaufe im Gegensatze zu dem gewöhnlichen Kaufe, wie zu der *e. spei* eine abgesonderte Vertragskategorie zu bilden. Zunächst unterschied man lediglich die verschiedenen Arten, auf die man künftige Sachen, besonders Früchte, kaufen kann; dann begründete man die Unterscheidung nach der Natur der Entstehung des Kaufobjectes; schliesslich fand man die technische Bezeichnung für diese Kaufart und bildete nunmehr aus dem Begriffe *e. rei speratae* eine eigenthümliche Vertragsart.

Eine übereinstimmende Anschauung über das Wesen und den Inhalt dieses neubenannten Vertrages vermochte man jedoch nicht zu erzielen. Jemehr man definirte und distinguirte, desto mehr theilten sich die Meinungen, und was die eine Lehre als Wesen der *e. rei speratae* aufstellte, das verwarf die andere, da dies auch der *e. spei* eigenthümlich sei. Das Resultat ist, dass man wohl einen gemeinsamen Namen gefunden hat, aber der Eine diesen, der Andere jenen Begriff damit verbindet.

Diese Thatsache muss die Erwägung nahe legen, ob denn dieser Begriff, dessen Feststellung trotz vielfacher Bemühungen

---

merkungen Kreittmayr's zu dem Gesetze, S. 1487. (Gruchot: Beiträge, XII, S. 178.)

[103]) Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, Buch 2, Art. 268 hat sich dagegen der historischen Lehre angeschlossen. Bedingter Hoffnungskauf ist anzunehmen, wenn der Kauf abgeschlossen ist über eine künftige Sache, deren Entstehung nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge mit Sicherheit anzunehmen ist. Qualität und Quantität sind hier gewagt.

nicht gelungen ist, überhaupt ein für unser Rechtssystem nothwendiger und juristisch brauchbarer ist.

Indem wir der Frage näher treten, wird es nöthig sein, zugleich die Abgrenzung der *e. rei speratae* gegenüber der *e. spei* mitzuprüfen, während wir uns im Uebrigen vorerst auf die Untersuchung der ersteren Kaufart beschränken.

Es ist in allen für uns in Betracht kommenden Rechtssystemen als Regel anerkannt, dass ein Vertrag, und speciell der Kauf zu seinem Objecte sowohl gegenwärtige wie zukünftige Sachen haben kann. Diese Gleichstellung lässt es als regelmässig bedeutungslos für den Begriff des Vertrages erscheinen, ob der gekaufte Gegenstand bereits existirt und vorliegt, oder ob er erst noch entstehen soll. Eine darauf gerichtete Unterscheidung würde demnach nur dieselbe Bedeutung haben, wie man die Kaufobjecte als bewegliche oder unbewegliche, als vertretbare oder nicht vertretbare unterscheidet; und ebensowenig, wie man daraus begrifflich abgesonderte Arten des Kaufgeschäftes bildet, dürfte hier solche zu bilden sein. Die regelmässige Annahme muss dazu führen, dass überall die Regeln des gewöhnlichen Kaufes anzuwenden sind, mag nun das Kaufobject ein zukünftiges sein oder nicht.

Wir sahen aber, dass die Theorie dies nicht billigte und vielmehr den Kauf zukünftiger Sachen und den Hoffnungskauf als besondere Vertragsarten behandelte. Es wäre nunmehr die Aufgabe der Theorie gewesen, positiv diese beiden Kaufarten zunächst von dem gewöhnlichen Kaufgeschäfte abzutrennen und sodann den Umfang beider zu bestimmen. Es ist dies aber nur in der unvollkommensten Weise geschehen und gerade aus dem Mangel dieser principiellen Abgrenzung resultiren die vielen Unklarheiten dieser Lehre.

Um einen Ueberblick zu erlangen, wollen wir zunächst unter den Verträgen über zukünftige Dinge diejenigen ausscheiden, welche keinen Sonderbestimmungen unterworfen werden, vielmehr unbestritten nach den allgemeinen Regeln der Verträge zu beurtheilen sind. Dahin gehören:

a) Der Kauf, bei welchem zukünftige Dinge, besonders Früchte, derart gekauft werden, dass für ein bestimmtes Mass, Gewicht oder Zahl derselben ein bestimmter Einzelpreis bezahlt werden soll. Die Lehre des römischen Rechtes über

diesen Kauf wurde bereits oben[104]) dargelegt. Die heutige Literatur, wie die Particularrechte sind einig, dass dieser Kauf in seiner Wirkung und in seinem Begriffe sich von dem Kaufe gegenwärtiger Dinge nicht unterscheidet, da hier durch die Vertragsstipulation selbst ausgesprochen ist, dass der Käufer nur dasjenige hezahlen soll, was er geliefert erhält.[105])

b) Bei einem Vertrage über die Leistung zukünftiger Sachen kann die Arbeitsleistung des Hervorbringens des vertragsmässigen Objectes derart in den Vordergrund treten, dass nicht sowohl der Stoff des Productes, als vielmehr die Thätigkeit der Bearbeitung oder Verarbeitung als das principale Object des Vertrages erscheint. Ist dieses der Fall — und dies ist zumeist anzunehmen, wenn der Arbeiter aus den dem Besteller gehörigen Sachen das Product anfertigen soll —: so liegt kein Kauf, kein Anwendungsfall der *emptio rei speratae*, sondern eine Werkverdingung vor. Die Regeln der letzteren kommen dann allein zur Anwendung.[106]) Es ist daher, wenn der rechtliche Charakter eines Vertrages über Lieferung erst anzufertigender Sachen in Frage steht, immer zuerst zu prüfen, ob auch ein Kauf anzunehmen ist, und erst wenn dieses bejaht ist, kann die Anwendung der *emptio rei speratae* oder *emptio spei* in Betracht gezogen werden.

Wenn wir demgemäss das Anwendungsgebiet, welches die heutige Lehre der *emptio spei* und *rei speratae* zuertheilt, vom gewöhnlichen Kaufe abgrenzen: so bleibt uns der „Kauf“ zukünftiger Dinge, bei welchem für ein bestimmtes Mass etc. nicht ein Einzelpreis festgesetzt wird, sondern bei welchem für die zukünftige Einzelsache oder für die gesammte Quantität der zukünftigen Genussachen ein Gesammtpreis bestimmt wird.

---

[104]) S. o. §. 1.

[105]) Nach dem pr. Landr. l. c. §. 589 steht dem Käufer das Recht zu, die Annahme des minderen Betrages zu verweigern. — Bezüglich des hierher zu beziehenden Lieferungskaufes nach dem H. G. B. vergl. Art. 338, 357 und Gareis in Endemann's Handbuch des H. R. II, S. 543, 583.

[106]) Man vergl. Bartolus, Bartholomeus, Pantzschmann an den oben citirten Stellen. Ferner *l. 2, §. 1 Dig. 19, 2; l. 20, 65 Dig. 18, 1; §. 4 Inst. 3, 24;* Unterholzner, Schuldverhältnisse, II, Nr. 442; Hofmann, *periculum* beim Kaufe, §. 37, 1; Windscheid, Pandecten, II, §. 401, A. 13, 14; Dernburg, pr. Privatrecht, II, §. 134; Endemann, Handb. des H. R., III, §. 303.

In dem Umfange dieses Anwendungsgebietes, das sich vorläufig für die *e. spei* und *rei speratae* ergibt, ist nun für jede der beiden, bereits erwähnten heutigen Theorien gesondert zu prüfen, wie weit sie die Grenzen der einzelnen Kaufverträge bestimmt.

I. Nach der Lehre des einen Theiles der heutigen Autoren beruht das Wesen der *e. rei speratae* darin, dass nur diejenigen zukünftigen Objecte, welche entstehen, als gekauft gelten und bezahlt werden müssen. Gewagt ist lediglich die Qualität. Der Kauf ist bedingt durch die Entstehung, zerfällt also, wenn nichts entsteht.

Die übrigen Fälle des Kaufes zukünftiger Dinge gelten als Arten der *e. spei.*

Bei dieser Abgrenzung der *e. rei speratae* muss füglich die Frage auftreten, welche Eigenschaften denn berechtigen, diesen Kauf von dem gewöhnlichen Kaufe unter besonderem Namen auszuscheiden. Dass bei diesem Kaufe nur dasjenige bezahlt werden soll, was von den zukünftigen Sachen entsteht, dies ist an sich selbstverständlich und allgemeine Regel. Ebenso ist es klar, dass die behauptete Eigenschaft des Kaufes als eines bedingten nicht ausreicht, um eine Grenzlinie gegen andere Kaufarten, die ja ebenfalls bedingt sein können, zu begründen.

Es bleibt nur die Bestimmung, dass die Qualität gewagt wird. Dieser Ausdruck bedeutet, dass der Käufer den vollen Preis und nur diesen bezahlen muss, es mögen nun die zukünftigen Objecte in ihrer Qualität dem Preise entsprechend ausfallen oder durch schlechte oder gute Beschaffenheit von diesem differiren.

Aber auch dieses Moment charakterisirt die *e. rei speratae* nicht als einen eigenartigen Kauf. Bei jedem suspensiv-bedingten Kaufe einer *res praesens* trägt der Käufer diese Gefahr[107]; und auch beim unbedingten Kaufe trägt der Käufer zumeist die Gefahr der Verschlechterung der bereits existenten

---

[107]) Windscheid l. c. §. 490, A. 14; Gareis in Endemann's Handbuch des H. R., §. 270, S. 639 (römisches Recht) und S. 649 (Particularrechte). *l. 8 Dig. de periculo et com. r. v. 18, 6 sane si exstet res, licet deterior effecta potest dici esse damnum emptoris.*

Sache, sobald dieselbe specialisirt oder z. B. beim Distanzgeschäfte zum Transporte aufgegeben ist.

Wenn somit das sogenannte Wagniss der Qualität keine der *emptio rei speratae* eigenthümliche Eigenschaft ist, so erscheint ferner auch die Unterstellung selbst, dass der Käufer stets die Qualität der zukünftigen Waare wagt, in dieser Allgemeinheit als völlig unbegründet. Kein Autor vermag sich hierfür auf irgend eine Stelle der römischen Quellen zu berufen. Auch ist gar nicht abzusehen, weshalb die Gefahrtragung eine andere sein soll, wenn die Kaufobjecte zukünftige sind oder wenn sie bereits beim Vertragsabschlusse existiren.[108]) Warum soll man nicht den Kauf der künftigen Roggenernte eines Landgutes mit der Bestimmung abschliessen, dass, wenn der Scheffel so und so viel Kilogramm wiegt, der Preis pro Scheffel x Mark betragen, sich dagegen bei Mindergewicht in bestimmter Weise mindern, bei Mehrgewicht erhöhen soll.

Wenn dem gegenüber angeführt wird, dass allerdings durch besondere Verabredungen die letztgenannten Rechtswirkungen herbeigeführt werden können, so ist dies lediglich eine *petitio principii*. Mit demselben Rechte kann man den letzteren Fall als die Regel und die construirte *emptio rei speratae* als die, besonderer *pacta* bedürftige, Ausnahme betrachten.

Da hiernach das Wagniss der Qualität der Kaufobjecte sowohl beim Kauf der *res praesentes* wie der *res futurae* vorkommen kann und beim Kaufe der letzteren ebensowohl hinzutreten wie ausgeschlossen werden kann: so ergibt sich, dass zwischen der Eigenschaft der gekauften Sachen als zukünftigen und zwischen dem Wagniss der Qualität kein innerer und kein nothwendiger Zusammenhang besteht. Der Wille der Parteien kann hier wie dort dem Wagnisse sich unterwerfen oder es vermeiden: dieser Wille und nicht die Natur der Kaufobjecte entscheidet daher allein die Wirkung der *emptio rei speratae*.

---

[108]) Vgl. *l. 2 pr. Cod. de periculo et commodo r. v. 4, 48*: beim Kaufe einzelner Krüge Wein zu bestimmtem Preise trägt der Käufer vor der Abmessung und Uebergabe nicht die Gefahr der Verschlechterung. — Warum soll er die Gefahr tragen, wenn die Trauben noch nicht gekeltert sind?

Hieraus ergibt sich, dass der Kauf der gehofften Sachen, wie ihn die gegenwärtig behandelte Theorie als *e. rei speratae* auffasst, sich, was die Behandlung der Qualität der gekauften *res futura* betrifft, in nichts von dem gewöhnlichen Kaufe unterscheidet. Die *emptio rei speratae* in diesem Sinne ist ein willkürlich erfundener Begriff, der bei jeder praktischen Anwendung zerfliesst und der daher als verwirrend und zwecklos in unserem Rechtssysteme keine Berechtigung hat.

Hierin stimmen wir denn auch mit der Auffassung der römischen Juristen überein. Die Quellen kennen keine *e. rei speratae* als besonderen Kauf. Die grundlegende *lex 8 Dig. de contr. e.* betont ausdrücklich, dass auch bei dem Kaufe zukünftiger Dinge ein Kaufobject vorhanden ist; sie will gerade darthun und beweisen, dass die Eigenschaft des Kaufobjectes als eines zukünftigen keinerlei Unterschied von dem gewöhnlichen Kaufe begründet.[109])

Wenn man schliesslich diesen Kauf wegen der Abhängigkeit seines Bestandes von der Entstehung der zukünftigen Sachen allgemein als bedingt, und zwar als *sub tacita conditione* eingegangen bezeichnet[110]), so möchte auch diese Auffassung nach den Quellen nicht zu theilen sein. Diese gehen davon aus, dass ohne *res* kein Kauf zu Stande kommt und führen hierfür als Beispiel den Fruchtkauf an. Die spätere Entstehung des zukünftigen Gegenstandes erfüllt lediglich ein Essentiale des Kaufes. Das Vorhandensein eines solchen ist nicht als Bedingung, die accidentiell zu einem an sich vollkommenen Rechtsgeschäfte hinzutritt, zu bezeichnen, sondern als wesentliche Voraussetzung des Bestandes des Kaufes selbst zu betrachten.[111])

---

[109]) Vergl. oben §. 1, Seite 350.

[110]) Bereits die Glosse sagt: *sed tamen inest semper tacita conditio, si nascantur*: mit Berufung auf *l. 1, §. 3 Dig. de cond. et dem. 35, 1.* Wir haben oben ausgeführt, dass diese Anschauung allseitig beibehalten wurde.

[111]) Auch den Ausdruck *condicio iuris* (Windscheid, Pand. I, §. 87, A. 7 und die dort Citirten) kann ich nicht für geeignet halten. (Windscheid l. c. im Texte nennt diese Bedingungen uneigentliche; Bd. III, §. 385, A. 5 erklärt er aber die *e. rei sper.* als einen für beide Parteien bedingten Kauf.) Die Quellen selbst sprechen nicht vom bedingten Kaufe. Vielmehr heisst es ausdrücklich in *l. 73 Dig. de verb. oblig. 45, 1: interdum „pura" stipulatio*

II. Die zweite der heutigen Theorien findet das Wesen der *e. rei speratae* darin, dass zukünftige Sachen gekauft werden unter der Bedingung ihrer Entstehung. Ob viel, ob wenig entsteht, ist gleichgiltig; es genügt, dass überhaupt etwas zur Existenz gelangt. Der Kaufpreis muss stets voll bezahlt werden. Quantität und Qualität sind gewagt.

Alle Fälle, welche die unter I besprochene Theorie unter *e. rei speratae* begriff, scheiden hier aus und richten sich nach den gewöhnlichen Regeln. Die *emptio rei speratae* und *e. spei* werden als besondere Kaufarten, als gewagte Geschäfte dem gewöhnlichen Kaufvertrage gegenübergestellt.

1. Die Abgrenzung der *e. rei speratae* vom gewöhnlichen Kaufe ist demnach hier erreicht: der Kauf ist gewagt und es muss der Kaufpreis bezahlt werden, auch wenn das Object zum Theil oder fast ganz ausfällt.

Die weitere Frage ist aber die, ob der Begriff dieser Kaufart im Gegensatze zur *e. spei* ein selbstständiger und begründeter ist.

Die beiden gewagten Kaufarten unterscheiden sich dadurch: bei der *e. rei speratae* muss zur Erfüllung der Bedingung und zur Giltigkeit des Kaufes mindestens etwas entstehen; bei der *e. spei* kann eventuell das Object ganz ausfallen.

Bei beiden Arten wird regelmässig die Entstehung des zukünftigen Gegenstandes erwartet, denn für nichts oder ein geringes wird Niemand den Preis eines grösseren Gutes „bezahlen". Bei beiden hat der Käufer als Aequivalent für die übernommene Gefahr die Aussicht auf reicheren Ertrag und Gewinn.

Die einzige Grenze beider Arten ist, ob das Wagniss im eventuell ungünstigen Falle grösser oder kleiner ist; ob der Käufer mindestens etwas von dem erwarteten Producte erhalten soll, oder ob dasselbe ganz ausfallen kann.

Diese Unterscheidung, ob etwas, sei es auch noch so wenig, oder nichts entsteht, soll zwei Arten von Kaufverträgen trennen, und man behauptet, dass der Wille der Contrahenten darüber Entscheidung trifft, ob diese oder jene Art und

---

ex re ipsa dilationem capit: veluti si id quod in utero sit, aut fructus futuros aut domum aedificari stipulatum sit.

Wirkung eintreten soll. Dass das nicht wahr ist, erscheint offenbar. Ob Jemand für den Preis, den er nach 1000 Kilo berechnet hat und bezahlen muss, 20 Gramm erhält oder nichts, ist ihm völlig gleichgiltig. Wer einmal ein gewagtes Geschäft eingeht, wird die Entstehung wenigstens einiger Strohhalme weder zur stillschweigenden, noch zur ausdrücklichen Bedingung machen. Wo ist denn die Grenze zwischen wenig und nichts?

Mit solchen Distinctionen den Verkehr binden oder gar begreifen wollen: heisst die Rechtsdeduction zu Spielereien missbrauchen.

2. In den Quellen des römischen Rechtes findet sich für diese, zuerst von einigen Commentatoren und dann von den gemeinrechtlichen Juristen aufgestellte Theorie ebenfalls keine Stütze.

Diese heben im Gegentheil hervor, dass nur bei der *e. spei* die *alea* herrscht; während beim Fruchtkaufe, der nach der gegenwärtigen Lehre der Hauptanwendungsfall der *e. rei speratae* ist, immer das Object selbst gekauft wird und der Kauf daher nicht *sine re* ist. Die Theorie aber lässt zu, dass der grössere Theil des Objectes wegfällt: die *e. rei speratae* soll auch giltig sein, wenn sie zum grössten Theil *sine re* ist.

Ferner ist klar, dass die Unterscheidung nur anwendbar ist, wenn eine Genussache gekauft wird. Bei einer zukünftigen Einzelsache kann es sich nur darum handeln, ob sie entsteht oder nicht. Ist dann der erste Fall zur Bedingung gesetzt, so liegt ein gewöhnlicher Kauf vor, während die Zulassung der zweiten Eventualität *e. spei* anzunehmen ist. Für die *e. rei speratae* ist also beim Specieskaufe keine Anwendung.[112])

Wenn man aber einmal die Kaufarten nach dem Grade des Wagnisses unterscheidet, so ist es willkürlich, bei diesen beiden Kategorien stehen zu bleiben. Man unterscheide dann viel specieller Genus- und Specieskauf; und weiterhin, ob nur die Quantität, nicht auch die Qualität gewagt ist; sowie endlich, ob nur die Hälfte, nur ein Viertel, ziemlich Alles oder beinahe Alles ausfallen darf etc.

3. Wenn sonach die Unterscheidungsmomente der *e. rei speratae* und *e. spei* derart minimal und gekünstelt sind, dass

---

[112]) Die Theorie setzt sich also in Gegensatz zu den Quellen, die neben den Früchten auch eine erwartete Viehgeburt nennen.

beide in Wirklichkeit ineinander aufgehen: so ist ferner auch die Definition des ersteren Vertragsbegriffes eine völlig ungenügende.

Das Einzige, worüber die Doctrin uns belehrt, ist: dass bei dem einen Vertrage diese, beim anderen jene Rechtswirkungen eintreten. Ehe jedoch die Folgen des Vertrages A in Betracht kommen, muss doch erwiesen und klargelegt sein, dass der Vertrag A und kein anderer vorliegt. Und gerade die Bestimmungsmomente, aus denen sich diese Thatsache ergibt, darzulegen, das ist die Aufgabe der wissenschaftlichen Definition.

Dies hat aber die Theorie bezüglich der *e. rei speratae* völlig verabsäumt. Auf die Frage, wann liegt eine *e. rei speratae* vor, erhalten wir lediglich die Antwort: dann, wenn der Käufer den Preis nur bezahlen muss unter der Voraussetzung, dass etwas entstanden ist. Und fragen wir weiter: wann treten diese Rechtsfolgen ein? so heisst es: dann, wenn *e. rei speratae* vorliegt. Darauf beginnt der Zirkel von Neuem.

Allerdings hat man das Kriterium aufgestellt: wenn die Entstehung des zukünftigen Objectes mit einer gewissen Sicherheit aus dem natürlichen Verlaufe der Dinge erwartet werden kann, ist *e. rei speratae* anzunehmen. Auch der Ausspruch des Pomponius in *l. 8 cit.* scheint hierauf basirt zu sein.

Allein diese Entscheidung gründet sich lediglich auf die willkürlich angenommene Präsumtion, dass die Absicht der Contrahenten derart vorhanden sei. Sie ist ferner derart Thatsachenfrage, dass sie sich zur Begründung eines principiellen Unterschiedes nicht eignet. Bei der Unsicherheit jeder natürlichen Production wird die Anwendung obiger Regel oft im einzelnen Falle versagen. Der Getreidewuchs erscheint zwar sicherer als der Fang beim Auswurf der Missilien. Ist aber die Aussicht einer Olivenernte [118]) sicherer, als der Ertrag einer gekauften Erbschaft, bei welcher die Quellen *e. spei* annehmen?

Wenn man schliesslich die Schwäche der Begriffsbestimmung dadurch verdecken wollte, dass man sagte, *in dubio*

---

[118]) Deren grosse Ungewissheit Casaregis: *discursus legalis de commercio disc. 148* betont.

wollen die Parteien sich nur dem geringeren Wagniss unterziehen, so war dies ein Nothbehelf, der so dürftig ist, dass er fast allgemein jetzt verworfen wird.

4. Die Theorie wird von dem richtigen Gedanken geleitet, wenn sie die Rechtsfolgen beim Kaufe zukünftiger Dinge von der Absicht der Parteien abhängig macht. Ihr Fehler beginnt, sobald sie aus den verschiedenen Rechtswirkungen besondere Vertragskategorien bildet, um in der schematistischen Weise der Scholastik den Verkehr mit bestimmten Schranken zu umziehen und nach bestimmten Regeln zu leiten.

Daher suchte man beim Kaufe zukünftiger Dinge die Auslegung des Willens der Parteien durch Aufstellung besonderer Vertragskategorien zu regeln. Indem man hierbei als selbstverständlich annahm, dass unter eine dieser Kategorien der beabsichtigte Kauf fallen muss, handelte es sich nunmehr nur darum, die Principien festzustellen, nach welchen die Sortirung im einzelnen Falle stattzufinden hat.

In Folge dessen enthält die Lehre von der *e. rei speratae* und *emptio spei* lediglich Präsumtionen für die Willensauslegung der Contrahenten. Jene Ausdrücke geben keine Vertragsbegriffe, sondern sie sind Anweisungen, in welcher Weise die Verträge ausgelegt werden sollen.

Wir stellen das Resultat unserer Untersuchung über die *e. rei speratae* dahin zusammen.

Der Begriff dieses Kaufes, wie ihn die zuerst besprochene Theorie auffasst, geht auf in dem gewöhnlichen Kaufvertrage. Der Begriff nach der zweiten Theorie fällt unterschiedslos zusammen mit der *e. spei*. Die Vertragskategorie der *e. rei speratae* ist somit als rechtlicher Sonderbegriff theoretisch nicht begründet und ist aus unserem Rechtssysteme auszuscheiden. Weder für die praktische Rechtsanwendung, noch für die Ausbildung unseres Rechtssystemes liegt ein Bedürfniss zur Aufstellung jener Vertragsart vor.

Als Regel ist hinzustellen, dass es an sich ohne Einfluss auf die Giltigkeit, den Begriff und die Rechtsfolgen eines Kaufvertrages ist, ob das Object ein gegenwärtiges oder zukünftiges ist. Die gewöhnlichen Regeln sind in beiden Fällen anzuwenden. Vor Allem gilt dies auch für den Zeitpunkt und den Umfang des Ueberganges der Gefahr auf den Käufer.

Gerade beim Kaufe zukünftiger Sachen wird es für die Parteien naheliegen, diese Rechtswirkung durch besondere Vertragsberedung zu regeln, und wenn dies geschehen ist, werden letztere allein massgebend sein müssen. Soweit aber keine Sonderabrede getroffen wurde, kann hier nur die Gefahr übergehen, wenn sie es beim Kaufe einer von Anfang an vorhanden gewesenen Sache auch thuen würde. Dass nach den einzelnen Fällen und nach den Particularrechten der Gefahrübergang verschieden geregelt ist, vermag hier keine Bedeutung zu haben, wo es sich nur darum handelt, ob bei den als *e. rei speratae* benannten Verträgen derartig vom gewöhnlichen Kaufe verschiedene Wirkungen eintreten, dass eine besondere Vertragskategorie gerechtfertigt und ein praktisches Bedürfniss derselben nachgewiesen ist. Beides ist zu verneinen.

Von den regelmässigen Voraussetzungen und Wirkungen des Kaufes kann dadurch eine Ausnahme begründet werden, dass *alea* zu dem Vertrage hinzutritt. Dies sind die Fälle, die wir zunächst in Uebereinstimmung mit der Theorie unter dem Namen *e. spei* begreifen wollen. Der Gegensatz zu der *e. spei* ist aber der gewöhnliche Kauf, nicht eine künstlich gebildete *e. rei speratae.*

Dass kein Bedürfniss zur Aufstellung des Sonderbegriffes *e. rei speratae* vorliegt, ergeben endlich die Particularrechte. Mit Ausnahme des preussischen Landrechtes, welches in dieser Lehre völlig von der gemeinrechtlichen Theorie beherrscht wird: stellt keines diese Vertragskategorie auf. Auch im deutschen Handelsgesetzbuche und im französischen Civilrechte, sowie in dem schweizerischen Obligationen- und Handelsrechte wird man vergebens jenen Begriff suchen.

Eine besondere Stellung nimmt in der Doctrin der Kauf der Früchte auf dem Halme ein. Seinem Objecte nach wird er zur *e. rei speratae*, seiner Rechtswirkung nach zur *e. spei* gerechnet. Der demnach fast allgemein angenommene Grundsatz, dass der Käufer hier die ganze Gefahr auch des Unterganges tragen muss, ist aus den Quellen nicht zu begründen.[114])

Wenn man sagt, dass hier die Früchte bereits vorliegen,

[114]) S. oben §. 1 S. 352 und §. 2.

so heisst dies, es ist eine *res praesens* keine *futura* vorhanden. Es müssen dann also die gewöhnlichen Regeln des Gefahrüberganges eintreffen.[115]) Es ist aber gar nicht abzusehen, weshalb die grössere Reife einer Frucht diese weniger zu einer zukünftigen machen soll. Ob der Weizen erst in 14 Tagen sichtbar wird, oder ob dies bereits der Fall ist: bis zur Reife und Tradition sind die Gefahr und der abzuwartende Zeitablauf nahezu dieselben. Daher ist es unbegründet für den Kauf der Früchte auf dem Halme abweichende Regeln aufzustellen. Die oben dargelegten Grundsätze gelten gleichmässig für alle zukünftigen Objecte. Schliesslich sei noch erwähnt, dass das Princip: es ist kein Unterschied zu machen zwischen dem Kaufe gegenwärtiger und zukünftiger Sachen, durch Specialgesetze früher allerdings mehrfach beschränkt worden ist. So verboten Statutarrechte den Lieferungskauf.[116]) Am verbreitetsten ist die Beschränkung des Verkaufes der Frucht auf dem Halme.[117]) Zweck dieser Verbote war, dem Producenten

[115]) Und diese besagen keineswegs, dass beim Genuskaufe vor dem Abmessen etc. die Gefahr übergeht. — Man übersehe nicht, dass hier lediglich die allgemeine Aufstellung der obigen Regel angefochten wird. Es ist sehrwohl möglich, dass bei diesem Fruchtkaufe der Käufer alle Gefahr trägt, aber dies ist weder immer, noch regelmässig der Fall, und wenn dies Wagniss vom Käufer getragen wird, so liegt der Grund hierzu in der besondern vertragsmässigen Uebernahme derselben und nicht darin, dass die Früchte gerade auf dem Halm standen.

[116]) Vergl. Statut. *Hanseat. Recessus de a. 1447, art. 9: nemo emet et vendet — pannum aut alia artificialia manufactionis priusquam fuerint confecta et absoluta. Siquis contra hoc quidem tentet, tunc emptor perdet bona cuncta: venditor autem decem marcas argenti pro mulcta solvet; qui talem contractum nullitatis arguet, ille sextam partem ex bonis his confiscandis pro praemio accipiet. cf. Marquard: de iure mercatorum l. III, c. 5, nr. 13.*

[117]) Bereits Karl d. Gr. verbot diesen Kauf. Ferner: die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577, Tit. 19, §. 3 und zahlreiche Particulargesetze. Vgl. die Zusammenstellungen bei Stobbe, deutsches Privatrecht, III, §. 184, A. 3; Beseler, deutsches Pr. R., I, §. 105, A. 23. Ferner die oben citirten Dissertationen von Weidmann *thes. 27* und Baudiss S. 24. Sodann die *diss. de venditione illicita fructuum in herbis praes. Jo. Gottl. Heineccio:* Ant. Friedr. Reimers 1738. Letzterer führt in §. 12 aus, dass die *e. fructuum in herbis* nicht zu dem Kaufe zukünftiger Dinge zu rechnen sei, da hier: *res quae venditur tempore contractus non speratur sed iam adest.* Daher sei der Kauf unbedingt und übertrage sofort die Gefahr wie bei *res praesens.* Neues Material für die Verbote bringt die *Diss.* im Uebrigen nicht. Beachtens-

den reellen Preis seiner Früchte zu sichern und ihn gegen Ausbeutung seiner eventuellen Nothlage zu schützen. Es sind dies polizeirechtliche Sicherheitsmassregeln, welche die obigen civilrechtlichen Grundsätze nicht berühren, da sie, auf ganz anderer Grundlage beruhend, im Interesse der Verkehrswohlfahrt die Ausübung an sich civilrechtlich giltiger Verträge verbieten und diese für nichtig erklären. Heute sind aber diese Beschränkungen des Kaufes zumeist beseitigt.[118]) Die Pfändung und Versteigerung der Früchte auf dem Halme ist durch die Reichscivilprocessordnung geregelt.[119])

b) Die Lehre des heutigen Rechtes von der *emptio spei*.

§. 7. 1. Die Doctrin und die Particularrechte.

Der Begriff der *emptio spei* oder, wie die Neueren allgemein sagen, des Hoffnungskaufes wird heute übereinstimmend dahin festgestellt: es ist ein Kauf über zukünftige Dinge, bei welchem der Kaufpreis bezahlt werden muss, einerlei, ob der Käufer etwas erhält oder nichts.[120]) Es liegt also ein Kauf vor, obgleich eventuell kein Kaufobject geleistet wird. Zur Begründung dieser Ausnahme von den gewöhnlichen Regeln des Kaufvertrages wird angeführt, dass die Entstehung des Ertrages, den der Käufer liefern soll, von einem ungewissen Ereignisse abhängt und dass von den Parteien bei Abschluss des Vertrages beabsichtigt war, sich diesem Ungewissen zu unterwerfen.[121])

---

werth ist die von ihm mit grosser Bestimmtheit betonte Unabhängigkeit der germanischen Rechtsbildung von den Regeln des römischen Rechtes.

[118]) Das Handelsgesetzbuch hat hier nicht eingegriffen. Stobbe l. c. Regelsberger in Endemann's Handbuch des H. R., II, §. 253, A. 3. — Im Gebiet des allgem. preuss. Landr. sind die Verbote aufgehoben durch: K. O. 22. Mai 1842; Ges. 9. November 1843 und 1. März 1869.

[119]) C. P. O. §. 714, 725. Ausf.-Ges. z. G. V. G. §. 74, Nr. 2.

[120]) Gegen diese Art zu definiren ist derselbe Einwand wie oben §. 6 zu machen.

[121]) Diese Ansicht findet sich im Wesentlichen bei Madihn, *principia iuris rom. pars I, §. 91;* Göschen, Vorles. über gemeines Civilrecht, II b., §. 495, II; Glück, Comm. z. d. Pandecten, IV, §. 303, S. 193; Mühlenbruch, *doctrina pandect. II, § 392;* Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen, Bd. II, Nr. 442; Vangerow, Pandecten, III, §. 632, A. I, 1; Treitschke, Kaufcontract, §. 13; Windscheid, Pandecten, II, §. 385, A. 5. Wenn man weiter allgemein im Anschluss an die gemeinrechtliche Lehre hinzufügt, dass die *e. spei* ein unbedingter Kauf sei, so versteht sich dies von

Die durch einen Hoffnungskauf begründeten Verpflichtungen und Rechte bestehen nach der gemeinen Lehre in Folgendem:

1. Der Verkäufer muss das Geeignete thun, um die Realisirung und Entscheidung des ungewissen Erfolges, über den paciscirt ist, herbeizuführen. Er muss den Fischzug vornehmen, die Looziehung veranstalten. Das, was zu Gunsten des Käufers sich ergibt, muss diesem ausgeliefert werden. Verletzt der Verkäufer eine dieser Pflichten, so haftet er für vollen Schadensersatz.[122])

Selbstredend wird der Verkäufer durch jede dolose Handlung — indem er z. B. absichtlich den Fischfang verhindert — dem Käufer haftbar.[123])

2. Die Erlangung des Ertrages, über den die Vereinbarung stattfand, muss möglich sein. Daher darf es nicht schon von vornherein bestimmt sein, dass der Käufer nichts erhalten wird.[124]) Ferner muss auf Seiten des Verkäufers die Fähigkeit zur Realisirung gegeben sein. Wenn er den Ertrag eines Vogelfanges verkauft, muss er das Recht zur Vornahme desselben besitzen.

3. Der Käufer erhält schlechthin den Ertrag. Ist dieser gering oder fällt er aus, so muss er sich damit begnügen.

---

selbst, so lange nicht das Gegentheil nachgewiesen ist. Es hat dies nur die Bedeutung des Gegensatzes zur bedingten *e. rei speratae.* — Windscheid l. c. sagt: Der Vertrag ist für den Verkäufer bedingt. Diesem ist nicht beizustimmen. Nach Windscheid's eigener Ansicht, §. 387, A. 1, erhält der Käufer immerhin ein Aequivalent für seine Leistung. Demnach muss der Verkäufer unter allen Umständen Dasjenige leisten, was er als vertragsgemässe Pflicht übernommen hat: das qu. Aequivalent wird von Anfang an und unbedingt dem Käufer geleistet. Dass dies Aequivalent im ungünstigen Falle im Effecte nichts gewährt, macht weder den Vertrag, noch die Leistungspflicht des Verkäufers zu einer bedingten, denn eine Bedingung erstreckt sich ihrem Wesen nach auf die Vertragsobligation selbst, nicht auf die einzelne Erfüllungshandlung; auch wäre dann jeder Vertrag, bei welchem in Folge der Gefahrtragung die Leistung des einen Contrahenten ausfiel, während der andere erfüllen muss, ein bedingter.

[122]) Die betr. Quellenstellen sind oben §. 1 besprochen. Im letzteren Falle würde heute die Klage auch direct auf Herausgabe der Gegenstände gehen. cfr. Glück l. c. S. 194, A. 9. Ferner: C. P. O. §. 769 ff.

[123]) cf. Mühlenbruch l. c. A. 5.

[124]) Z. B. das auszuspielende Pferd war vor dem Ausspieltage gestorben. Vangerow l. c.

Andererseits hat er aber auch Anspruch auf den aussergewöhnlich grossen Ertrag. Das Recht des Verkäufers, sich wegen *laesio ultra dimidium* zu beschweren, fällt fort.[125]) Der Käufer kann aber nur den Ertrag beanspruchen, welcher im Vertrage bestimmt ist.[126])

Der enge Zusammenhang mit der geschichtlichen Entwicklung der gemeinrechtlichen Doctrin ist unverkennbar. Soweit es sich aber um die Construction des Begriffes selbst der *e. spei* handelt, begnügte man sich nicht mit der geschichtlich entwickelten Lehre, führte vielmehr die Theorie jenes Kaufes zu einem eigenartigen Abschlusse. In noch grösserem Masse als wie die gemeinrechtliche Lehre vernachlässigt man heute eine genaue Interpretation der römischen Quellen und bedient sich derselben nur, um ihnen einzelne Wortfassungen zu entlehnen als Deckmantel für die eigenmächtig aufgestellten und ausgelegten Begriffe. So entlehnt man wohl aus l. 8 § 1 *Dig. de contr. empt.* den Ausdruck *emptio spei* und deren Begründung als Kauf. Sobald man aber daraus für sich die Möglichkeit entnommen zu haben glaubt, dass die Hoffnung als Kaufobject dienen kann, geht man eigenmächtig vor. Man übersieht heute mit seltener Einmüthigkeit, dass der Schluss des genannten Gesetzes jede Evictionshaftung des Verkäufers ausschliesst und legt besonders den Eingang jener *lex*: *aliquando tamen et sine re venditio intellegitur*, in eigenthümlicher Weise aus. Man sagt: obiger Vertrag ist keine Schenkung. Auch dann nicht, wenn der Käufer Geld hingibt, ohne ein Object dafür zu erhalten. Denn dem Käufer ist auch in diesem Falle immerhin ein Aequivalent gewährt worden: nämlich die Hoffnung.

---

[125]) Runde, deutsches Privatrecht, §. 210; Krügelstein l. c.

[126]) Dies ist mit Hilfe des berühmten Beispieles, welches Plutarch von einem goldenen Tische, der beim Fischfange in die Netze gerieth, erzählt, übertrieben oft dargelegt worden. Die Antwort des delphischen Orakels, welches den Fisch dem Weisesten zusprach, hat wenig Anerkennung gefunden. cf. Kreittmayr, Anmerkungen über den *Cod. max. Bav.* S. 1487: „Es war aber nur ein interessirtes Responsum, denn die Götzen-Pfaffen, welche das Organum von dem Oraculo waren, verstunden unter dem Gescheidesten niemand Andern, als ihren Apollinem und suchten auf diese Weise den goldenen Tisch *per indirectum* selbst zu erfischen." Pufendorf: *de iure nat. et gentium V, cap. 5, §. 6*: Diese Entscheidung: „*non obscure sacerdotum redolet astutam avaritiam; Sophocles Antigone: vates omnes captant pecuniam.*"

Mag diese nun sich reich erfüllen, mag sie sich trügerisch erweisen: sie war doch immer vorhanden und dem Käufer gegeben. Mithin ist dieser Kauf nach richtiger Anschauung gar nicht ohne Kaufobject, denn die Hoffnung ist ja immer gewährt, tradirt, verkauft.[127]) So gelangt man denn zu dem Ergebniss, den Begriff der Hoffnung als eines realen Kaufobjectes zu deduciren und festzustellen, dass die Hoffnung als solche den Inhalt und das Object eines Kaufes zu bilden vermag.[128])

Von den Particularrechten stimmt in jeder Beziehung mit dieser Lehre überein das preussische Landrecht.[129])

---

[127]) Hiermit ist das Princip der Quellen, wie die eigene Definition verlassen. Man meistert das römische Recht selbst, indem man auch bei diesem Kauf, den der römische Jurist wegen des eventuellen Ausfalles des Objectes noch rechtfertigen musste, aus dem Nichts das reale unvergängliche Hoffnungsobject schuf, so dass von einer Ausnahme vom gewöhnlichen Kaufe hier nicht die Rede sein kann.

[128]) Einige Aussprüche Neuerer mögen dies erläutern. Pothier, *pandect. Justin. l. 18, tit. 1, art. 1, not. c.* Die *e. spei* widerspricht nicht der allgemeinen Regel vom Kaufe, weil auch hier ein Kaufobject vorhanden ist; *sc. spes, quae et pretio aestimari et vendi potest.* Suarez, *revisio monit.* preuss. Landr., I, Tit. 11, §. 528 ff: hier ist die Hoffnung selbst *merx* oder der Gegenstand des Kaufes. Puchta, Pandekten §. 210 Nr. 2: bei der Verpfändung von *res futurae* entsteht unmittelbar ein Pfandrecht an der Hoffnung. Goose, Lehre vom *casus* in Ihering's Zeitschr., IX. S. 209: „Konnte der Verkäufer die Sache, die nicht in seinem Vermögen war, nicht in ein anderes übertragen, so kann er dies noch weniger eine Sache, die noch nicht existirt. Vorher trägt also der Käufer nicht den *casus*. Anders beim Hoffnungskaufe, wo die Hoffnung vollständig den „Charakter einer *species*" hat, auch im Vermögen des Käufers vor der Perfection des Geschäftes war." — Nach diesem Ausspruche kann man sich nicht wundern, dass Goose — im Ernst — es für nöthig hält zu bemerken, dass Tradition und Eigenthum an der Hoffnung nicht denkbar sind. Unterholzner l. c. Die Hoffnung ist Gegenstand des Kaufes; Krügelstein l. c., die Hoffnung ist Gegenstand des Geschäftes; Treitschke l. c. S. 44: „Die verkaufte Sache ist ja eben die Hoffnung", der Kauf ist also nicht *sine re*; Gareis l. c., die Hoffnung, welche den Gegenstand des Kaufes bildet, ist eine bereits existirende, unkörperliche Sache. Wenn Krügelstein behauptet: „weder die Römer, noch wir reden jemals von einem Hoffnungsverkaufe, sondern immer nur von einem Hoffnungskaufe, *emptio spei*", so ist dies irrig. cf. Glosse zu *l. 3 Cod. de donat. 8, 53; l. 73, §. 1 Dig. ad leg. Falcid 35, 2;* ferner die oben citirten Stellen bei Baldus, Gomez, Molina, Zasius, Brunnemann, Stryk; bei Dernburg, unten Anm. 130 und Entsch. des Reichsgerichts, Bd. VI, S. 291, unten Anm. 131.

[129]) Theil I, Tit. 11, §. 527 ff.

Dieses bestimmt: ist die blosse Hoffnung eines künftigen ungewissen Vortheils der Gegenstand des Vertrages, so besteht derselbe, wenn auch gar kein Vortheil wirklich gewährt wird. [130]) War die Hoffnung bereits erfüllt und war dies beim Vertragsschlusse beiden Parteien bekannt, so liegt ein gewöhnlicher Kauf vor. War dies nur einem Contrahenten bekannt, so kann der andere vom Vertrage zurücktreten. War in gleicher Weise das Fehlschlagen der Hoffnung beiden Contrahenten oder nur dem Käufer bekannt, so hat dieser den Preis geschenkt. Wusste dieses nur der Verkäufer und verschwieg es, so kann der Käufer zurücktreten und Schadensersatz fordern. [131])

---

[130]) Dernburg, preuss. Privatr., II, §. 134, S. 331: auch der Verkauf einer Hoffnung ist zulässig; Förster, preuss. Privatr., II, §. 128, A. 95; Gruchot, Beiträge, XII, S. 175.

[131]) Für den im Gesetze nicht normirten Fall, dass die Hoffnung sich bereits erfüllt hat, aber beide Contrahenten dies nicht wussten (Kauf eines Lotterieloses; es ist durch Eid festgestellt, dass die Contrahenten nicht wussten dass das Los am Tage des Kaufabschlusses bereits gezogen war), hat das Reichsgericht, Entscheidungen, Bd. VI, S. 290—292, Folgendes erkannt. — Das Urtheil ist interessant für die heutige Anschauung von dem rechtlichen Begriffe der Hoffnung. — Bei obigem Loskaufe haben die Parteien „über die Hoffnung eines künftigen noch ungewissen Vortheils paciscirt; diese Hoffnung war Gegenstand des Vertrages, sie wollte der Beklagte dem Kläger übertragen und lediglich die Hoffnung wollte der Kläger erwerben." Da nun das Los bereits gezogen war, so kann jener zukünftige ungewisse Vortheil nicht mehr erworben werden. Das Kaufobject war zur Zeit des Vertragsschlusses nicht mehr vorhanden: Der Kauf des Loses ist daher wegen Mangel eines Kaufobjectes als nicht geschlossen zu betrachten. — Dieses Urtheil ist die volle Consequenz der Lehre, welche die Hoffnung als den wahren und wirklichen Gegenstand des Kaufes betrachtet. Die Entscheidung ist nicht ohne Bedenken. Wenn, wie im gegenwärtigen Falle, ein Los gekauft wird, so soll ein gewagtes Geschäft abgeschlossen werden. Das Wagniss ist so lange vorhanden, wie die Ungewissheit über den Ausfall bei den Parteien vorherrscht. Wir werden unten ausführen, dass man schlechthin auch mit dem Ausdrucke Hoffnung keinen anderen Sinn verbinden kann. Im Gegentheil, die Hoffnung ist ein derart subjectiver Zustand, dass es, wenn man diese als Kaufobject annimmt, jedenfalls nur darauf ankommen kann, ob die Parteien dieselbe besassen, resp. erhielten: so dass es also nach dem preussischen Landrechte nur auf die subjective Ungewissheit über den künftigen Gewinn, nicht auf die objective Unbestimmtheit desselben ankommen kann. Wenn ferner die Parteien gewusst hätten, dass die Ziehung vorgenommen worden war und ihnen nur der Erfolg derselben unbekannt war, so wäre nach §. 537 pr. Landr. l. cit. der Kauf dennoch ein gewagter und giltig. Warum soll er dies nicht sein, wenn auch das erstere noch unbekannt war? Als einen ähnlichen Fall vergl.

Von dem Kaufe einer Hoffnung spricht ferner das österreichische bürgerliche Gesetzbuch.[132]) Es behandelt aber diesen Kauf lediglich als Glücksvertrag.[133])

Die übrigen Particularrechte haben die Theorie, dass die Hoffnung den Gegenstand des Kaufes bildet, nicht angenommen. Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch bestimmt lediglich in §. 1083, dass der Kauf unbedingt ist, wenn eine künftige Sache, deren Entstehung eine rein zufällige ist, das Kaufobject bildet.

Im *Codex Maximilianus Bavaricus*[134]) heisst es, dass jeder Kauf einer Sache, die erst in Hoffnung steht, giltig bleibt, einerlei ob sie Ertrag gibt oder nicht. Die *querela laesionis enormis* soll nicht stattfinden, es sei denn, dass ein Anderes ausbedungen wurde. Wenn aber die gehoffte Sache ausbleibt durch Verschulden des Verkäufers, so haftet dieser für Schadenersatz.[135])

Das französische Recht enthält keine besonderen Bestimmungen über Hoffnungskauf.[136])

§. 8. 2. Kritik des Begriffes Hoffnungskauf.

Die heutige Theorie hat unter dem Begriffe des Hoffnungskaufes geradezu eine eigenthümliche Art des Kaufvertrages construirt. Bei der Einführung eines derartig neuen Rechtsbegriffes genügt es nicht, den technischen Ausdruck für denselben erfunden zu haben. Wenn sich die Doctrin nicht in praktisch unver-

man *Code civil* Art. 1181: ein Vertrag ist auch dann aufschiebend bedingt, wenn das zukünftige ungewisse Ereigniss bereits eingetreten, aber den Parteien noch unbekannt ist.

[132]) §. 1276. Wer die künftigen Nutzungen einer Sache in Pausch und Bogen, oder wer die Hoffnung derselben in einem bestimmten Preise verkauft, errichtet einen Glücksvertrag; er trägt die Gefahr der ganz vereitelten Erwartung, es gebühren ihm aber auch alle ordentlichen erzielten Nutzungen.

[133]) cfr. Zeiller, Comm., Bd. III, Anm. zu §. 1275, 1276.

[134]) Theil 4, Cap. 4. §. 4.

[135]) Dagegen stellt sich der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches f. d. Königr. Bayern von 1860 auf den gemeinrechtlichen Standpunkt und stimmt im Wesentlichen mit den Grundsätzen des preuss. Landr. überein.

[136]) Zachariä l. c., II, §. 351, A. 22 erwähnt nur den Namen *e. spei*. Duranton, *cours de droit civil tom. IV (éd. Tarlier) l. III, tit. III, nr. 299 ff.* und Troplong, *de la vente, chap. III, nr. 204*, führen die gemeinrechtlichen Grundsätze an, ohne aber deren Beibehaltung im franz. R. nachzuweisen.

werthbare, schematistische Gruppirung von Rechtsbegriffen verlieren und ein blosses Wort zur Grundlage ihrer Lehren machen will, muss sie im Stande sein, den realen Inhalt der von ihr gegebenen Begriffe klar zu legen. Sie muss also hier zeigen können, dass die Hoffnung, welche sie als das Object jenes Kaufes bezeichnet, die Eigenschaft eines kauffähigen Gegenstandes besitzt.

Die Begründung der heutigen Lehre durch Berufung auf die Aussprüche der römischen Juristen ist nicht gerechtfertigt. Es ist oben [137]) bereits ausgeführt worden, dass die heutige Auffassung des Hoffnungskaufes in keiner Weise mit dem Begriffe der *emptio spei* in Einklang steht. Das Object dieses Kaufes nach römischem Rechte ist immer der Ertrag des Fischfanges, des Vogelfanges etc. Lediglich als bildlichen Ausdruck für die Ungewissheit des gekauften Ertrages und um es nahe zu legen, dass ein Kaufvertrag, trotz des eventuellen Ausfalles des Kaufobjectes bestehen kann, wurde erklärt, dass vermöge der Hoffnung auf einen erwarteten Ertrag ein seinem Umfange und seiner Entstehung nach unsicherer Gegenstand gekauft werden kann. Die Hoffnung erläutert die Möglichkeit des Ausfalles des Kaufobjectes; dass sie selbst aber das Kaufobject des Kaufvertrages ist, wird nirgends behauptet. In gleicher Weise wurde auch in den Lehren der Canonisten daran festgehalten, dass *spes* die Bezeichnung dafür sein soll, dass das Kaufobject der *alea* unterworfen ist.

Da somit die Begründung des Hoffnungskaufes im heutigen Sinne nicht der älteren Doctrin entnommen werden kann, müsste es umsomehr die Aufgabe der heutigen Lehre sein, diesen Rechtsbegriff zu rechtfertigen. Allein das ist nicht geschehen. Die erste Frage, die uns hier entgegentritt, ist die, ob die Hoffnung als solche, wie heute behauptet wird, der Gegenstand eines Vertrages, namentlich des Kaufvertrages, sein kann. Dies ist nur dann möglich, wenn die Hoffnung als ein logisch und juristisch greifbares Object, als ein Gut erscheint, das der Uebertragung und des Erwerbes aus einem Vermögen in ein anderes fähig ist und beim Kaufe als das reelle, entsprechende Aequivalent des Kaufpreises fungirt.

---

[137]) S. oben §. 1.

Diese grundlegende Frage nach der juristischen Verwerthbarkeit der Hoffnung ist hier umsomehr zu prüfen, als die Doctrin dieselbe völlig vernachlässigt hat. [138])

Die Hoffnung ist ein Affect. Sie gehört als solche dem Gefühlsleben der Seele an. Im Zustande des normalen Gefühlslebens befinden sich die in diesem wirksamen mannigfachen Kräfte und einzelnen Gefühle in relativem Gleichgewichte. Der Affect jedoch ist der Zustand des aufgehobenen Gleichgewichtes in unserem Gefühlsleben. Er ist die Folge einer Ueberraschung der Empfindung, durch welche die Fassung des Gemüthes aufgehoben wird. Er ist vorübergehend und momentan: eine plötzliche und gewaltsame Gemüthserschütterung. Wie nun das gesammte Gefühlsleben durch den Gegensatz von angenehm und unangenehm, von Behagen und Unbehagen, zuhöchst von Lust und Unlust beherrscht wird, so werden auch die Affecte durch diesen bestimmt. Es gibt also auch Affecte der Lust und Unlust, jene in Folge angenehmer Ueberraschung der Empfindung. Ist diese Empfindung durch eine der Zukunft zugewendete Vorstellung begründet, so ist sie eine Art angenehmer Erwartung. Eine solche wird zur Hoffnung, wenn die Lust aus einem plötzlich mit Sicherheit erwarteten Erfolge geschöpft ist.

Somit ist Hoffnung: der aus einem mit Sicherheit erwarteten, zukünftigen Erfolge plötzlich entstehende Affect der Lust.

Es bedarf hiernach keiner Ausführung, dass die Hoffnung nicht Gegenstand des Verkaufes oder Kaufes sein kann. [139])

---

[138]) Als man Aristoteles einst fragte: τί ἐστιν ἐλπίς; antwortete er: ἐγρηγορῶντος ἐνύπνιον. Die gemeinrechtlichen Juristen und besonders die Autoren der Dissertationen haben die mannigfachsten Vermuthungen über die *spes iuridica* aufgestellt. Häufig ist die Auslegung, dass *spes* gleich *metus* sei, da bei jeder Hoffnung die Furcht vor ihrem Fehlschlagen herrscht. Auch an Berechnungen des Werthes der Hoffnung, der bei Bestimmung der Höhe des Schadenersatzes, den eventuell der Verkäufer leisten muss, in Betracht kommt, fehlt es nicht. Eine persiflirende Abschätzung und Berechnung cf. bei v. Völderndorff, Reichs-Concursordnung. I, § 60, A. 3, S. 576.

[139]) Am schärfsten verurtheilen die Lehre, welche dies dennoch annimmt: Jo. Ulr. L. B. de Cramer: *specimen novum de aequitate in probabilibus exemplo emptionis spei: §. 5 absonum sane est affirmare, quod spes ematur.* Nur Dasjenige wird gekauft, was der Verkäufer zu tradiren verspricht: also die Fische, die er fangen wird etc. Nicht aber überträgt er die Hoffnung auf die Fische, denn diese hat der Käufer selbst schon. Die Hoffnung, eine Sache vom Verkäufer zu erhalten, ist bei jedem Kaufe vorhanden. Ich kann dieselbe

Auch wenn man die weiteste Uebertragung des Begriffes Hoffnung übertragen, erwerben, zulassen wollte, so beruht doch der Hoffnungsaffect derart auf der Anwendung eines durch subjective Berechnung und Erfahrung gewonnenen Massstabes für das, was unser Lebensgefühl angenehm oder unangenehm berührt, dass eine Ableitung desselben von Dritten undenkbar ist.

Man vermag daher den Worten: „Hoffnungskauf, die Hoffnung ist Gegenstand oder Object des Kaufes, sie wird übertragen und sie allein will der Käufer erwerben“ keine reale Bedeutung zu gewähren. Wenn dennoch die Doctrin sich damit begnügt, als den rechtlichen Inhalt eines Vertrages und gar als das einer Geldleistung des Mitcontrahenten bei zweiseitigen Rechtsgeschäften entsprechende Aequivalent die Hoffnung hinzustellen: so ist dies eine logisch wie juristisch unzulässige Wortspielerei. Der Jurist soll mit den gegebenen reellen Factoren des Rechtslebens rechnen und nicht Affecte des Seelenlebens sich als Waare construiren. Wenn man überhaupt mit dem Ausdrucke Hoffnungskauf einen Sinn verbinden will, so muss man ihn dahin auslegen, dass der Abschluss des Kaufes beeinflusst wurde durch den bei beiden oder bei einem Contrahenten vorhandenen Affect der Lust, der sich gründet auf die Vorstellung eines günstigen, erwarteten Erfolges.

Die Hoffnung ist demnach, wie auch l. 8 § 1 *Dig. de contr. empt.* mit Recht dies auffasste, das Motiv des Kaufabschlusses. Aber auch in diesem Sinne ist die Verwendung des Begriffes Hoffnung zur Bezeichnung des Vertragsgegenstandes unpassend, denn wenn die Hoffnung das Motiv ist, so kann sie nicht als Kaufobject fungiren.

Ferner ist anerkannt, dass das Motiv der Contrahenten bei civilrechtlichen Geschäften völlig gleichgiltig ist. Zumal das Motiv der Hoffnung ist gemäss seiner unbestimmten und vagen

---

Sache, die ich jetzt *per spem* kaufe, auch erst abwarten und dann kaufen. Dann ist es jedenfalls eine *emptio rei*. Da es nun dasselbe Kaufobject ist, so können nicht zwei verschiedene Contracte vorliegen, da nur die Zeit und Preisdifferenz beide trennte. Ferner Kreyttmayr, Anmerkungen über den *Cod. Max. Bav.* S. 1487: „Obschon jetzt ermeldete Distinction *inter spem et rem speratam et futuram in iure romano* guten Grund zu haben scheint, so ist es doch eine blosse römische Subtilität, oder besser zu sagen, eine wieder alle Vernunft streitende Absurdität — denn es wird ja die Hoffnung nicht, sondern nur die angehoffte Sache gekauft.“

Natur absolut ungeeignet, einen Vertrag zu charakterisiren. Nimmt man aber den Hoffnungskauf in dieser Bedeutung, so darf man nicht wie die Doctrin bei seiner Anwendung auf Lotterie und Ausspielgeschäft, Versicherungsvertrag und Differenzgeschäft stehen bleiben. Denn mit demselben Rechte muss man auch beim Kaufe eines Eisenbahnbillets, bei der Bestellung einer Officierequipirung, dem Kaufe eines Chargenpferdes etc. einen Hoffnungskauf annehmen. Jedes Handelsgeschäft ist schliesslich Hoffnungskauf.[140]) Auch ist es ungerechtfertigt, nur von Hoffnungs-„kauf" zu reden, man muss auch Hoffnungsmiethe, Hoffnungsdarlehen etc. als juristische Begriffe aufstellen.

Doch begegnen wir hier einem Einwande. Nicht jedes Rechtsgeschäft, bei dem die Hoffnung herrscht, ist Hoffnungskauf. Das Eigenthümliche gerade des Hoffnungskaufes soll darin beruhen, dass die Hoffnung unbeschadet der Giltigkeit des Kaufes fehlschlagen kann. Dies führt uns denn auf den wahren Charakter dieses sogenannten Kaufes.

Jede Hoffnung bezieht sich auf einen zukünftigen Erfolg, dessen Eintreten der Contrahent erwartet. Das Wesentliche ist aber nach der Anschauung der Vertreter des Hoffnungskaufes, dass es ungewiss ist, ob der Erfolg eintritt oder nicht. Ein unbestimmtes und zufälliges Ereigniss entscheidet, ob der Käufer für seinen Preis etwas erhält oder nicht. Wenn es nun aber nach Absicht der Parteien vom Zufall abhängt und dieser Umstand als wesentliches Kennzeichen betont wird, ob Jemand eine bezahlte Summe aufopfern muss, indem er nichts dafür erhält, oder ob er etwas oder eventuell viel als Gewinn davon trägt, so heisst dies nichts anderes als: „Das Geschäft ist ein gewagtes."

Die Theorie ist, soweit sie den Begriff „gewagte Geschäfte" aufstellt, darin einig, dass diese sich dadurch charakterisiren, dass die Parteien es vom Zufall abhängig machen, für welche von ihnen der Vertrag einen Vortheil, für welche er einen Nachtheil bringen soll. Die Absicht der Contrahenten unterwirft den Ausfall dem Spiele des Zufalles.[141])

---

[140]) Vergl. Puchta, Vorlesungen, II, §. 258: alle Handelsgeschäfte — sind dem Erfolge nach gewagte Geschäfte.

[141]) Windscheid l. c., II, §. 322; Gruchot l. c., XII, S. 170 und die daselbst Citirten.

Diese begrifflichen Merkmale sind auch beim Hoffnungskaufe vorhanden und es soll diesen nach der Ansicht der neueren Autoren gerade im Gegensatz zur *e. rei. speratae* kennzeichnen, dass der Zufall das Object bestimmt in seiner Existenz und Höhe. Auch die Gegenseitigkeit des Wagnisses ist vorhanden, denn der Verkäufer muss eventuell für sehr geringen Preis ein sehr werthvolles Gut hingeben.

Auch wenn wir die weiteren Ausführungen der heutigen Lehre über Hoffnungskauf verfolgen, gelangen wir zu demselben Resultate.

Einige Autoren begnügen sich nämlich nicht mit dem Ausspruche: „Die Hoffnung ist Gegenstand des Kaufes.“ Sie fügen hinzu, wodurch diese Hoffnung rechtlich sich äussert. Nicht der Gewinn selbst [142]) ist Gegenstand des Kaufes, sondern das eventuelle Forderungsrecht gegen den Verkäufer auf Leistung des Gewinnes, den dieser aus einem zufälligen Ereignisse ziehen wird. [143]) Den Ertrag selbst hat der Verkäufer — wie dies das Hauptbeispiel vom Fischfange zeigt — noch nicht. Er wird und soll diesen durch seine Thätigkeit bestimmen und auf das eventuelle Ergebniss desselben erhält der Käufer einen rechtlichen Anspruch. Da demnach der Hoffnungskauf sich als einen Vertrag charakterisirt, bei dem der Verkäufer gegen

---

[142]) Man durfte nicht sagen, dass die Hoffnung in der erwarteten Sache besteht, denn sonst fiele der mühsam gehaltene Gegensatz zur *e. rei speratae* fort.

[143]) Koch, preuss. gem. Privatrecht, II, §. 677: gegen unbedingt versprochenes Kaufgeld erhält der Käufer die Zusicherung von einem Dritten, dass er den Gegenstand, der aus einer bestimmten Sache in Folge einer ungewissen Begebenheit entstehen möchte, erhalten soll. Aehnlich Grolmann, rechtliche Natur des Ausspielgeschäftes S. 35. Er fügt hinzu: daher muss beim Hoffnungskaufe an eine Sache gedacht werden, über die bisher der Verkäufer selbst noch nicht disponiren kann. Dieser soll nur das liefern, was er selbst eventuell erhalten wird. Windscheid l. c. §. 387, A. 3: der Käufer erhält „als Aequivalent die Aussicht auf Gewinn“; G. Cohn, in Endemann Handbuch des H. R., III, §. 291, S. 48, A. 17: die verkaufte *spes* ist .. das eventuelle Forderungsrecht gegen den Unternehmer auf Leistung des Gewinnes. So bezüglich der Lotterie. Mir scheint gerade dieser Anspruch gegen die Anwendung der *e. spei* bei der Lotterie zu zeugen. Denn der Unternehmer hat keine Hoffnung auf den Gewinn, kann diese also auch nicht übertragen. Ferner ist der Ertrag, den der Unternehmer liefern muss, nicht ungewiss, sondern gerade durch den Plan bestimmt. Ungewiss ist nur, wer den Gewinn von den vielen Losnehmern erhält.

Empfang eines Preises dem Käufer den Anspruch auf einen vom Zufall zu bestimmenden Gewinn gewährt, so besagt auch jene Auslegung nichts anderes als: „Der Hoffnungskauf ist ein gewagtes Geschäft.“

Die principiell [144]) aleatorische Natur des Hoffnungskaufes ist denn auch vielfach ausgesprochen worden. Bei unserer historischen Untersuchung ist bereits darauf hingewiesen, dass die ältere Lehre die *emptio spei* als aleatorischen Vertrag auffasste. Wenn das römische Recht von *spei emptio* spricht, so ergeben die oben angeführten Stellen, dass dieser Ausdruck das ungewisse, aleatorische Moment des Kaufes bezeichnen soll. Ausdrücklich heisst es, dass hierbei *alea* oder *incertum rei* gekauft sei. *Alea* wird geradezu als synonym mit *spes* gebraucht. [145]) Die canonistische Lehre hat die Auffassung, dass *emptio spei* ein aleatorisches Geschäft sei, zum vollen Ausdrucke gebracht und ihrem Einflusse konnte sich hierin die gemeinrechtliche Lehre vielfach nicht entziehen. Auch heute wird von vielen Autoren, welche im Uebrigen den Begriff und Ausdruck Hoffnungskauf festhalten, anerkannt, dass das Wagniss ein wesentliches Begriffsmoment dieses Kaufes ist. [146])

§. 9. 3. Die Bedeutung des Begriffes Hoffnungskauf für das heutige Recht.

Es wurde bisher dargelegt:

1. dass der allgemein gebrauchte Ausdruck: Hoffnungskauf, die Hoffnung kaufen dergl., sprachlich und logisch unzulässig ist. Hoffnung ist kein juristisch zur Bezeichnung des Vertragsgegenstandes verwerthbarer Begriff;

2. dass der Sinn, welchen die Doctrin mit dem Worte Hoffnungskauf verbindet, nichts anderes bedeutet, als der

---

[144]) Wir werden unten zeigen, dass Hoffnungskauf nicht blos als eine Art der gewagten Verträge, sondern geradezu als gleichbedeutend mit der Kategorie gewagte Verträge angewandt wird.

[145]) z. B. *l. 7 Dig. de H. v. A. v. 18, 4* und überhaupt oben §. 1. Vergl. *spem pretio emere est rem incertam certa iactura quaerere. Ter. Ad. 2, 2, 11.*

[146]) So besonders Puchta, Pand. §. 258 und Vorles., II, S. 88; Unterholzner, Schuldverhältnisse, II, Nr. 442; v. d. Pfordten, Abhandl. a. d. Pandectenr., IV, §. 5, S. 327; Sintenis, Civilrecht, II, §. 97, A. 67; Walter, System des deutsch. Privatr., §. 368; Krügelstein, begriffl. Untersch. zw. Spiel und Wette, S. 2.

Vertrag ist ein gewagter. Hoffnung bezeichnet nach diesem Sprachgebrauche Wagniss; beides gilt als synonym.

Damit erweist sich auch die rechtliche Grundlage, auf welcher der Hoffnungskauf zu einem eigenartigen und selbständigen Rechtsinstitut erhoben wird, als hinfällig.

a) Bei dem Hoffnungskaufe bildet das Wagniss die einzige Eigenthümlichkeit. Dass das Object ein zukünftiges ist, kann, wie wir oben bezüglich der sog. *e. rei speratae* ausführten[147]), einen Unterschied vom gemeinen Kaufvertrage nicht begründen. Auch alle übrigen Begriffsmomente und alle Rechtsfolgen, welche für den Hoffnungskauf aufgestellt werden, sind entweder aus den allgemein für jeden Vertrag giltigen Regeln abzuleiten; so insbesondere, dass der Verkäufer, um seine Vertragspflicht zu erfüllen, den Fischzug vorzunehmen hat. Oder sie resultiren gerade wie der aus der *alea* d. h. der Ungewissheit der Entstehung des Gegenstandes, welcher sich die Contrahenten unterworfen haben: wie der eventuelle Ausfall des Objectes und der Ausschluss der Anfechtung wegen *laesio enormis.*[148])

Vergebens sucht man sonst nach Momenten, welche eine Eigenart dieses Kaufes begründen könnten. Die Frage: warum ist dieses Geschäft als ein besonderer, mit eigenem Namen begabter Rechtsbegriff ausgeschieden worden, bleibt unbeantwortet. Und doch muss es für denjenigen, welcher den abgesonderten Vertragsbegriff des Hoffnungskaufes aufstellt, die erste Aufgabe sein, darzulegen, aus welchem Grunde dies geschieht. Er muss das Bedürfniss dieser Vertragskategorie nachweisen und zugleich die Grundlage dieser selbst juristisch rechtfertigen. Dies hat aber Niemand gethan, noch auch versucht. Selbst die Eigenthümlichkeit, die sich im römischen Rechte findet: Der Ausschluss der Haftung des Verkäufers für die Eviction der Kaufobjecte, ist von der heutigen Lehre

---

[147]) S. oben §. 6.

[148]) Oft sagt man, die Rescission werde hier ausgeschlossen, weil die *spes* von derart unbestimmbarem Werthe sei, dass es nicht zu berechnen sei, ob und welche Läsion vorliegt. Stryk, Lauterbach l. c. — Kreyttmayr und Entsch. des R. O. H. G., V, S. 437. Dies ist wohl ein praktischer Grund. In Wahrheit aber liegt überhaupt keine Verletzung vor, über welche sich ein Contrahent beschweren könnte. Denn beide haben sich mit Absicht der *alea* unterworfen; sie wussten und wollten, dass der Ertrag gross oder klein ausfallen könne.

allgemein und ohne Angabe eines Grundes einfach stillschweigend beseitigt worden. Wenn das geschah, wenn selbst diese Sonderbestimmung, welche freilich keineswegs allein die Construction einer eigenen Kaufgattung gerechtfertigt haben würde, preisgegeben wurde, so versteht man um so weniger, warum trotz alledem der Hoffnungskauf ein eigenartiges Rechtsinstitut sein soll.

b) Die Begriffe Hoffnungskauf und gewagtes Geschäft sind weder theoretisch, noch praktisch geschiedene. Beide gehen in der modernen Lehre ineinander über. Dies zeigt sich vor allem darin, dass eine ganze Reihe von Verträgen, die als gewagte erscheinen, ohne Weiteres unter die Rubrik „Hoffnungskauf" gebracht wird.

Krügelstein gibt eine Uebersicht dieser Anwendung der Bezeichnung *e. spei.* Danach liegt ein Hoffnungskauf vor: beim Kaufe eines Lotterieloses, beim Ausspielgeschäfte, dem *nauticum foenus* und deutschen Bodmereivertrage, dem Assecuranzvertrage, dem Leibrenten-, Altentheils- oder Leibzuchtsvertrage. Andere [149]) zählen ferner dazu das Differenzgeschäft. Am verbreitetsten ist die Ansicht, dass der Lotterievertrag ein Hoffnungskauf ist. [150]) Auch das Ausspielgeschäft und das Heuer- oder Promessengeschäft wird vielfach als Hoffnungskauf bestimmt. [151])

Betrachtet man diese Geschäfte, so ergibt sich, dass sie zumeist dieselben sind, wie diejenigen, welche von der Theorie als „gewagte Verträge" bestimmt werden. Freilich muss bemerkt werden, dass hier so wenig wie irgendwo sonst in dieser Lehre volle Uebereinstimmung erreicht ist. So hat sich auch gegen die obige Ausdehnung des Hoffnungskaufes vielfach Widerspruch erhoben. Bei manchen Verträgen, wie beim Versicherungsvertrag und Differenzgeschäft, siegreich, wogegen das Lotterie- und Ausspielgeschäft mit Nachdruck noch als Hoffnungskauf behandelt wird.

---

[149]) z. B. Souchay, Ztschr. f. Civilr. u. Proc., III, S. 328; Bender, Verkehr mit Staatspapieren, S. 424.

[150]) Vangerow l. c. sagt geradezu: heutzutage erscheinen Hoffnungskäufe vorzugsweise in der Gestalt von Lotterie und Ausspielgeschäften.

[151]) Cohn in Endemann, Handb. des H. R., III, S. 95, A. 19 und S. 102, A. 36, 104 und die dortigen zahlreichen Citate.

Das Ineinanderfliessen von Hoffnungskauf und gewagten Geschäften zeigt sich am deutlichsten im preussischen Landrechte. Hier sollen die allgemeinen Grundsätze der gewagten Geschäfte dargelegt werden. Diese handeln vom Hoffnungskaufe. Denn er ist es, der als Prototyp der aleatorischen Verträge gilt. [152])

c) Die Anwendung des Begriffes Hoffnungskauf auf eine Reihe gewagter Geschäfte bildet für die moderne Lehre die fast einzige Bedeutung desselben. Man kann sagen, der ganze Begriff erscheint nur zu dem Zwecke aufgestellt, um eine passende Rubrik für Geschäfte zu haben, die wegen ihres Wagniss-Charakters und der Verwandtschaft mit Spiel und Wette Bedenken erregen. Unaufgeklärt bleibt aber hierbei, wie man diese durchaus heterogenen Verträge als unter denselben Rechtsbegriff fallend zu bestimmen vermag. Welche Uebereinstimmung besteht denn z. B. zwischen der Lotterie und dem Versicherungsvertrage, dem Leibrentenvertrage und dem Differenzgeschäfte, und wie ist es möglich, dass trotzdem jeder dieser Verträge als Hoffnungskauf gelten soll?

Gerade diese umfassende Anwendung jenes Begriffes auf die verschiedenartigsten Verträge zeigt, dass es der heutigen Theorie gar nicht darum zu thun ist, in dem Hoffnungskaufe einen rechtlich abgegrenzten, einheitlichen Vertragsbegriff zu gewinnen; lediglich eine dehnbare Formel, eine abstracte Rubrik soll dieses Wort bilden, dessen Inhalt nach Belieben durch Verträge ausgefüllt wird, für welche die Systematik sonst keinen Platz hat. Nur so ist es auch zu erklären, dass man Rechtsgeschäfte, die wie der Bodmereivertrag und das Versicherungsgeschäft mit dem Kaufvertrage nicht die geringste Beziehung haben, als Hoffnungs„käufe“ definirt; dass man überhaupt bei der Verwerthung dieses Begriffes, obwohl das römische Recht lediglich von dem Einfluss der *spes* auf die Wirkungen und den Bestand der *emptio* handelt, sich nie darum kümmert, ob denn auch ein Kauf oder auch nur ein kaufähnlicher Vertrag vorliegt; sondern die einzige Bedingung

---

[152]) Umgekehrt bezeichnet das österr. bürgl. Gesetzb. den Hoffnungskauf als Art der Glücksverträge. Das französische Recht führt als aleatorische Verträge lediglich an: den Versicherungsvertrag, das Darlehen auf Bodmerei, das Spiel und die Wette, den Leibrentenvertrag. C. c. Art. 1964.

der Anwendung des Hoffnungskaufes darin sucht, dass ein Betrag hingegeben werden muss, auch wenn die Gegensleistung eventuell ausfällt, d. h. also der Hoffnungskauf gilt überall als anwendbar, wo ein gewagter Vertrag abgeschlossen wurde.

d) Wenn nun der Hoffnungskauf nach seiner Begriffsauslegung und seiner Anwendung nichts Anderes als gewagtes Geschäft bedeutet, so bleibt die Frage, ob er nicht wenigstens in dieser Bedeutung als Vertragskategorie aufrecht zu erhalten ist?

Auch dieses ist zu verneinen. Als allgemeine Definition hat man hingestellt: gewagte Geschäfte sind diejenigen, bei welchen die Contrahenten bestimmen, dass es vom Zufalle abhängen soll, wen Verlust und wen Gewinn treffen wird.[153]) Die Contrahenten übernehmen gegenseitig die Verpflichtung, demjenigen, den das Spiel des Zufalles bestimmt, den ausgemachten[154]) Gewinn zu leisten. Die Definition ist das einzige, was für alle gewagten Geschäfte gleichmässig giltig ist. Im Uebrigen lässt sich kein gemeinsames Merkmal aufstellen, weder für den Abschluss, noch für die Wirkungen, noch für die Rechtsfolgen der gewagten Verträge. Selbst die theoretische Feststellung darüber, welche Geschäfte als gewagte anzusehen sind, ist vergeblich versucht worden. Es kann eben nur die Frage jedes einzelnen Falles sein, ob die Parteien ein Wagniss unternehmen oder nicht. Ob der Kauf des Gesammtertrages eines Weinberges ein gewagtes Geschäft ist oder ob dies nur der Fall ist, wenn der Vertrag mehrere Monate vor der Zeit der Reife der Trauben abgeschlossen wurde: diese Frage und ähnliche haben seit Bartolus bis heute den lebhaftesten, aber fruchtlosen Streit hervorgerufen. Ihre Behandlung bezweckt nur, den Richter durch Interpretationsregeln zu binden. Ebensowenig ist es möglich, allgemeinhin bestimmen zu wollen, wie weit das Wagniss sich erstreckt. Auch

---

[153]) Vergl. die Citate unten Anm. 156. Ferner *Code civil a. 1104;* und genauer (Zachariä, Handbuch des französ. R., Bd. II, §. 341, A. 2) a. 1964: *le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain.*

[154]) d. h. den von vornherein vertragsmässig festgestellten oder den in seiner Höhe erst durch den Zufall und nach den vereinbarten Regeln zu bestimmenden Gewinn.

hier ist lediglich der Wille der Parteien massgebend und es ist bei jedem einzelnen Falle besonderer Untersuchung vorbehalten, in welchem Umfange die Leistungspflicht jedes Contrahenten vom Spiele des Zufalles abhängig sein soll.[155])

Der Begriff der gewagten Geschäfte erweist sich seinerseits als eine völlig unbestimmte, lediglich zum Zwecke einer willkürlichen Systematik construirte Rubrik.

Einzelne der gewagten Geschäfte, wie besonders Spiel und Wette, hat man als principiell um des Wagnisses willen geschlossene Verträge abgesondert und nach eigenartigen Regeln zu bestimmen gesucht. Aus dem kaum gewonnenen Begriffe musste man also die von dem Wagniss am meisten beeinflussten Verträge sogleich wieder ausscheiden und die Unzulänglichkeit der aufgestellten Vertragskategorie eingestehen. Aber auch der Zusammenfassung der hiernach übrigbleibenden, verschiedenartigen Verträge unter obigem Begriffe kann weder eine theoretische, noch eine praktische Bedeutung zuerkannt werden. Bei allen sog. gewagten Verträgen ist es an sich völlig gleichgiltig, ob der Zufall über Gewinn oder Verlust bestimmen wird oder bestimmen soll. Immer ist der Grundcharakter des einzelnen Vertrages zu untersuchen und nach dessen Regeln ist der Vertragsabschluss, seine rechtliche Giltigkeit und seine Wirkung zu beurtheilen. Dann erst kommt subsidiär in Betracht, wieweit in jedem Falle die Parteien wollten, dass die regelmässigen Wirkungen des Vertrages durch das Wagniss, dem sie sich unterworfen haben, abgeändert und beeinflusst würden.

Das Wagniss hat überhaupt nur die Bedeutung einer Modification der Verträge. Wie wir bedingte und befristete Rechtsgeschäfte unterscheiden, so haben wir auch aleatorische. Hält man nun die Systematisirung aller Verträge in bedingte und nicht bedingte für nicht entsprechend; so ist es willkürlich, die Kategorie gewagte oder Glücksverträge aufzustellen.[156])

---

[155]) Es ist daher z. B. auch völlig unbegründet, wenn man sagt, bei einem Fischfange werde, da er Hoffnungskauf sei, immer der ganze Betrag gewagt.

[156]) Dies ist heute die überwiegende Ansicht. Vergl. besonders: Puchta, Vorles., II, §. 258; Gruchot, Beiträge, XII, S. 170—175; Wilda, Ztschr. f. d. R., VIII, S. 200 ff.; v. d. Pfordten, Abhandl. aus d. Pandectenr.

e) Wir erhalten nach dem Bisherigen den Satz: „Hoffnungskauf ist ein gewöhnlicher Kauf, den ein aleatorisches Moment modificirt.

Daraus folgt, dass er als selbständiger Vertrag nicht behandelt werden kann.

Man streiche ihn vollständig aus unserem Rechtssystem und man wird zugleich mit diesem unklaren und verschwommenen Begriffe viele Missverständnisse beseitigen und dadurch zwingen, mehr auf die wahre Natur der Verträge einzugehen, deren Wesen man bequem-summarisch als Hoffnungskauf bezeichnete. Und dabei wird sich nirgends eine Lücke, ein Bedürfniss nach diesem Begriffe ergeben, denn er erklärt nichts und begründet keine eigenartigen Rechtsfolgen.

f) Aus dem Gesagten folgt weiter, dass das modificirende aleatorische Moment den verschiedensten Verträgen hinzugefügt werden kann. Es ist daher ohne Rechtfertigung, gerade den Kauf allein herauszunehmen. Andererseits aber wird auch der Begriff des Kaufes nicht durch die beigefügte *alea* alterirt. [157]) Das Geschäft bleibt Kauf, wenn die Contrahenten bestimmen, dass die Entstehung des Kaufobjectes vom Zufall abhängen soll, so dass eventuell nichts dem Käufer gewährt wird. Der letztere hat dann eben seine Rechtsansprüche der *alea* unterworfen und diese verändert in ihrem Umfange die sonst geltenden allgemeinen Regeln über die Leistung des Kaufgegenstandes. [158])

IV, §. 5, S. 327; Sintenis, Civilr., II, §. 97, A 67; Windscheid, Pandecten, II, §. 322, A. 1; Beseler, deutsches Privatr., I, §. 111 pr.; Walter, deutsches Privatr., §. 368; Koch, preuss. Privatr., II, §. 677; Reyscher, württemb. Privatr., II, §. 468, 473; Krügelstein, begr. Unterschied zw. Spiel u. Wette, S. 2.

[157]) Insofern ist Hofmann, *periculum* beim Kaufe, nicht zuzustimmen, wenn er sagt: dieses aleatorische Geschäft — *emere pantheram, iactum retis* — ist gar kein Kauf. — Jedoch ist es, wenn man ein Geschäft als gewagten „Kauf" bestimmen will, Voraussetzung, dass man das Vorhandensein eines Kaufes constatire. Gerade dies ist der Ausgangsfehler der Theorie, dass sie ohne Prüfung, ob auch ein Kauf vorliegt, nach Gutdünken Spielverträge, Darlehensverträge etc. als Hoffnungskauf anführt. Vergl. auch oben §. 1.

[158]) Jo. Ulr. L. B. de Cramer: *specimen novum de aequitate in probabilibus exemplo emptionis spei §. 19* sagt: Die Hinzufügung des aleatorischen Momentes geschehe durch ein *pactum tacitum*, durch welches der Käufer die Zahlung verspricht, auch wenn er nichts erhält. Auch Glück l. c. S. 196 spricht hier von einem *pactum aleae*.

Insofern kann denn in Folge des Wagnisses ein Kauf bestehen, trotz des Ausfalles des Kaufobjectes.

Damit kehren wir zu dem Grundsatze des römischen Rechtes in l. 8 § 1 *Dig. de contr. emptione* zurück, der weiter nichts als diese aus dem Wesen der *alea* sich von selbst ergebende Thatsache ausspricht, den aber die Theorie völlig missverständlich als Grundlage der Lehre vom Hoffnungskaufe in Anspruch nimmt.

Wieweit jedoch die Vertragschliessenden die Wirkung des Wagnisses erstrecken wollen, ob, wie bei den im römischen Rechte angegebenen Beispielen, der Käufer die Gefahr des völligen Ausfalles des Ertrages übernimmt, oder ob hierfür ein Limitum gesetzt wird, dies bleibt der freien Bestimmung überlassen. Für viele Verträge wird sich dieser Umfang, wie beim Lotterievertrage und Versicherungsgeschäfte, aus den normirten Bedingungen und Plänen ergeben. Im Uebrigen aber kann lediglich der im einzelnen Falle zu eruirende Wille der Parteien massgebend sein, Präsumtionen und Auslegungsregeln sind hierfür ohne jede praktische Bedeutung.

g) Es erübrigt schliesslich noch die Frage, wodurch die Annahme und Verbreitung der Theorie vom Hoffnungskaufe sich erklärt. Wir finden hierfür zwei Gründe.

Es handelt sich bei diesem Kaufe um einen aleatorischen Vertrag. Die Verwandtschaft desselben mit dem Spiele wies auf die Klaglosigkeit und die Verbote des letzteren hin. Als weiteres Bedenken kam hinzu, dass durch die *alea* die *aequitas* oder *iustitia pretii* verletzt wird, deren Aufrechterhaltung das vorzüglichste Bestreben besonders der canonischen Lehre war, die hierin auf die gemeinrechtlichen Juristen entscheidenden Einfluss ausübte. [159])

Indessen sagte man, bei der *emptio spei* können diese Bedenken keinen erheblichen Einfluss haben; denn einestheils

---

[159]) Umgekehrt wird auch der Ausfall des Kaufobjectes bei der *e. spei* durch die *alea* gerechtfertigt. Sehr bezeichnend: Joh. a Sande: *decis. aureae s. rerum in supr. Frisiorum curia iudicatarum; l. III, t. IV, decis. 16: ratione incertitudinis licitum est, quod alias in casu certo esset illicitum; et multa propter dubium eventum valent quae alioquin non valerent. Nam quae pendent a casu et dubio eventu fortunae nulla laesio videtur considerabilis, etiam in ecclesia.* — Ebenso Müller ad Struvium, *tom. I, exercit. 23, l. 18, t. 1, §. 26.*

wird ja der Kauf ausdrücklich vom römischen Rechte gebilligt und anderntheils handelt es sich bei ihm nicht so sehr um *alea*, als vielmehr um die *spes*, und Niemand kann so pietätlos sein, gegen Hoffnung bei Verträgen etwas einzuwenden. So schützte man durch dieses juristisch unpassende und nichtssagende Wort sich vor den Bedenken der aleatorischen Verträge. Sobald auf diese Weise die Rechtfertigung des aleatorischen Hoffnungskaufes erwirkt war, ergab es sich von selbst, dass auch alle weiteren aleatorischen Geschäfte, die sich unter jenem Begriffe zusammenfassen liessen, als giltige und klagbare erschienen. Der Zweck war erreicht. Ohne das Princip der Giltigkeit der römischen Spielverbote anzutasten, waren die modernen Spielverträge als civilrechtlich erlaubte und klagbare bewiesen.

Hieran schliesst sich als zweiter Grund die kritiklose Nachahmung überkommener Begriffe, für welche man wohl die Bezeichnung dem römischen Rechte entlehnte, denen aber die Theorie einen von jenem völlig abweichenden und willkürlichen Inhalt verliehen hat. Gerade die Lehre vom Hoffnungskaufe zeigt dieses auch heute noch vielfach herrschende Bestreben. Wenn nur der Ausdruck im römischen Rechte sich findet, dann muss er beibehalten und gehegt werden, die moderne Rechtsentwicklung mag sich gestaltet haben, wie sie will und der Begriff selbst mag sich aus den römischen Quellen begründen oder nicht. Man glaubt die Grundsätze des römischen Rechtes nachzuahmen, stellt aber an die Stelle der praktisch vernünftigen Sätze desselben die eigene unverwendbare Schematistik.

Die Auffassung, als ob die gewagten Verträge und damit der sog. Hoffnungskauf lediglich oder vorzugsweise aus Spiel- und Wagelust, aus Leichtsinn und Gewinnsucht unternommen würden[160]), ist gleichfalls eine vom älteren Rechte übernommene, für unsere Verhältnisse unpassende Anschauung. Unser Verkehrsleben hat das Bedürfniss nach sog. gewagten Geschäften gezeitigt und hat diesen in selbständiger Aus-

[160]) So sagt Kreyttmayr: Gleichwie die Teutsche jederzeit grosse Spieler und Waghäls gewesen seynd, so waren sie auch dem Kauf auf Hoffnung, welcher dem Spiel sehr ähnlich ist, niemals abgeneigt, daher eben das deutsche Sprichwort kommt: „wer nichts wagt, der gewinnt nichts".

bildung ihre Rechtsnormen verliehen. Für diese Neubildung der modernen Verkehrsanschauung um jeden Preis dem römischen Rechte eine Formel abringen zu wollen, heisst auf der einen Seite von diesem Unbilliges verlangen. Auf der anderen Seite aber bezeugt dies Streben eine Unselbständigkeit, welche die Bedürfnisse des Verkehres nach einem praktischen und lebendigen Rechtssysteme missachtet und dazu führt, dass man, wie beim Hoffnungskaufe, längst abgestorbene und inhaltslose Formeln als massgebende Begriffsbestimmungen beibehält, anstatt die Natur der neuen Rechtsinstitute selbständig, wie es sein muss, zu prüfen.

Auf Grund der gewonnenen Resultate würde sich die Lehre der unter *e. rei speratae* und *e. spei* zusammengefassten Verträge also gestalten:

1. Die beiden erwähnten Vertragskategorien entbehren der rechtlichen Begründung.

2. Dass der Gegenstand eines Vertrages ein erst erwarteter und zukünftiger ist, begründet keine rechtliche Eigenthümlichkeit. Daher ist der Kauf zukünftiger Sachen nach den gewöhnlichen Regeln dieses Vertrages zu beurtheilen.

3. Eine Modification der Verträge über zukünftige Dinge kann dadurch eintreten, dass ihnen ein aleatorisches Moment beigefügt wird.

4. Eine Reihe dieser modificirten Geschäfte hat sich zu selbständigen Rechtsinstituten ausgebildet, wie der Versicherungsvertrag und das Differenzgeschäft. Diese sind nach den ihnen eigenthümlichen Grundsätzen als abgesonderte Rechtsinstitute zu behandeln. Das Spiel und die Wette sind nicht durch *alea* modificirte Verträge, sondern selbständige und eigenartige Rechtsgeschäfte.

5. Neben diesen selbständigen Rechtsinstituten kann ein aleatorisches Moment zu den verschiedensten Verträgen hinzutreten: zu Kauf, Miethe, Schenkung, Darlehen etc. Eine Zusammenfassung dieser Geschäfte unter der Kategorie: gewagte Verträge, Glückskauf etc. ist unzulässig und zwecklos.

6. Bei jedem dieser Verträge ist seine Grundform: ob Kauf, ob Miethe etc. zu untersuchen. Nach dieser ist das Geschäft zu beurtheilen unter Ergänzung der durch das hinzugefügte Wagniss eintretenden Modificationen.

7. Wieweit und inwiefern das Wagniss die gewöhnlichen Vertragsregeln alterirt, ist eine Frage für sich. Präsumtionen lassen sich nicht aufstellen.

8. Ebensowenig ist es möglich eine Interpretationsregel darüber zu geben, wann ein Vertrag als gewagt erscheinen soll und in welchem Falle nicht. Nur die freie richterliche Prüfung kann und soll dieses, sowie die Rechtsfolgen aus dem Wagnisse entscheiden.

Druck von Gottlieb Gistel & Cie. Wien, Stadt, Augustinerstrasse 12.



Gottlieb Gistel & Comp., Wien, Stadt, Augustinerstrasse 12.







